

Grenseoverskridende fusjoner

En skatterettslig analyse

Kandidatnummer: 630

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17821



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema og avgrensning | 1 |
| 1.2 | Begrepsforklaring..... | 2 |
| 2 | HISTORIKK | 3 |
| 2.1 | Innledning | 3 |
| 2.2 | Utviklingen i EU | 4 |
| 2.2.1 | Det tiende selskapsdirektiv | 4 |
| 2.2.2 | Fusjonsskattedirektivet | 5 |
| 3 | RETTSKILDEBILDE OG METODISKE UTFORDRINGER | 6 |
| 3.1 | Hensyn og formål..... | 6 |
| 3.2 | Nærmere om EUs fusjonsskattedirektiv | 7 |
| 3.2.1 | Metodiske utfordringer i fusjonsskattedirektivet..... | 8 |
| 4 | SELSKAPSRETTLIGE REGLER | 9 |
| 4.1 | Allmennaksjeloven § 13-25 | 10 |
| 4.1.1 | Krav til selskapsform..... | 10 |
| 4.1.2 | Fusjonstyper..... | 11 |
| 4.1.3 | Tilleggsvederlag | 12 |
| 4.2 | Lovlighetsvilkåret | 14 |
| 4.2.1 | Betydningen av lovlighetsvilkåret i dag | 15 |
| 5 | SKATTELOVEN § 11-11..... | 16 |
| 5.1 | Virkeområdet | 17 |
| 5.1.1 | Hjemmehørende i Norge – Registrert i utlandet..... | 18 |
| 5.2 | "Begrenset ansvar" | 19 |
| 5.3 | Skattemessig kontinuitet | 21 |
| 5.3.1 | Innledning | 21 |
| 5.3.2 | Selskapsnivå | 22 |
| 5.3.3 | Aksjonærnivå..... | 23 |
| 6 | SKATTEMESSIG KONTINUITET VED GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJONER..... | 23 |
| 6.1 | Innledning | 23 |
| 6.2 | Norsk overdragende selskap | 24 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 6.2.1 | Innledning | 24 |
| 6.2.2 | Selskapsnivå | 24 |
| 6.2.3 | Aksjonærnivå..... | 29 |
| 6.3 | Norsk overtakende selskap..... | 31 |
| 6.3.1 | Innledning | 31 |
| 6.3.2 | Selskapsnivå | 32 |
| 6.3.3 | Aksjonærnivå..... | 32 |
| 6.3.4 | Kontinuitetsvilkåret i det overdragende selskaps hjemstat..... | 32 |
| 6.3.5 | Gjensidighetsvilkår | 34 |
| 6.4 | Fusjon mellom selskap hjemmehørende i utlandet | 36 |
| 6.4.1 | Innledning | 36 |
| 6.4.2 | Selskapsnivå | 36 |
| 6.4.3 | Aksjonærnivå..... | 37 |
| 6.4.4 | Kontinuitetsvilkåret i det overdragende selskaps hjemstat..... | 37 |
| 6.5 | Filialkravet i strid med EØS-avtalen? | 37 |
| 6.5.1 | Foreligger det en restriksjon? | 38 |
| 6.5.2 | Kan tvingende allmenne hensyn rettferdiggjøre kravet til filial (restriksjonen)? | 39 |
| 6.5.3 | Reglene om uttaksbeskatning etter skatteloven § 9-14 | 41 |
| 6.6 | Kontinuitet – Betingelse eller rettsvirkning? | 43 |
| 7 | AVSLUTTENDE BEMERKNINGER..... | 44 |
| | LITTERATURLISTE..... | 46 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og avgrensning

En fusjon innebærer sammenslåing av to eller flere selskap. Fusjon skjer ved at et selskap overdrar sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap. Vederlag for denne overføringen er i all hovedsak aksjer i det selskap som overtar eiendelene mv. Denne avhandlingen tar sikte på å analysere de skatterettslige vilkår og virkninger som gjelder når en slik fusjon skjer mellom selskap på tvers av landegrensene.

Overføring av eiendelene mv. forutsettes i all hovedsak å skje mellom aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Lovreguleringen av overføringen er derfor først og fremst inntatt i aksjeloven og allmennaksjeloven – begge av 13.06.1997. Det er imidlertid på det rene at en slik overføring også har skatterettslige konsekvenser. Skatterettslig utløser i utgangspunktet en slik sammenslutning mellom selskap et gevinst- og tapsoppgjør på selskaps- og aksjonærnivå¹. Grunnen til dette er at eiendelene mv. i utgangspunktet realiseres når de overføres til et annet skattesubjekt. Hensynet til at selskaper skal kunne omorganiseres uten at det utløses negative skattemessige virkninger har imidlertid medført at vi har fått regler som gjør at fusjoner kan gjennomføres uten umiddelbar beskatning. For de grenseoverskridende tilfellene fikk vi regler om dette i 2011, og følger nå av skatteloven § 11-11.

Denne avhandlingen tar sikte å analysere de skatterettslige vilkår og problemstillinger som kan oppstå når selskap fusjonerer over landegrensene. Allerede innledningsvis er det hensiktsmessig å påpeke at reglene har nær tilknytning til selskapsrettens regler om fusjoner. En fusjon, enten den skjer nasjonalt eller på tvers av landegrensene, er en omorganisering av de selskapene som deltar i fusjonen. Det er således også selskapsrettslige regler for hvordan denne omorganiseringen må gjennomføres. Selskapsrettens påvirkning på skatteretten "viser seg ved at skattefriheten som utgangspunkt knytter seg til de fusjonstypene som godtas aksjeselskapsrettslig"². De selskapsrettslige reglene vil derfor bli presentert, og videre nevnes der de er relevante for den skatterettslige biten.

Skatteloven § 11-11 har overskriften "Grenseoverskridende fusjoner, fisjoner og aksjebytte". Det vil imidlertid bli for omfattende å se på alle disse formene for omorganisering. Reglene om grenseoverskridende fusjoner er relativt nye, og byr på flere, til dels uløste, problemstillinger. Det samme gjør reglene om grenseoverskridende fisjoner og aksjebytte. For å motvirke en overfladisk behandling av flere tema, avgrenses oppgaven mot fisjoner og aksjebytte. Reg-

¹ Zimmer/BAHR (2014) - s. 626

² Giertsen (1999) - s. 32

lene om grenseoverskridende fisjoner og aksjebytte vil kun dras inn der de kan være med å kaste lys over reglene for de grenseoverskridende fusjonene.

De nye reglene om grenseoverskridende fusjoner må sies å være av stor betydning for norske selskaper. Den grenseoverskridende aktiviteten øker stadig i omfang. Det er således et hensiktsmessig steg når det nå tilrettelegges for at selskaper kan omorganisere seg på tvers av landegrensene uten umiddelbar skattlegging. På den annen side må det nevnes at reglene har mindre betydning for selskapsaksjonærer. Innføringen av fritaksmetoden i skatteloven § 2-38 ville uansett medført fritak for beskatning for selskapsaksjonærer³. Slik sett har innføringen av skatteloven § 11-11 størst betydning for personlige aksjonærer. Dog må det nevnes at skatteloven § 2-38 stiller andre vilkår for skattefritak enn det skatteloven § 11-11 gjør. I høringsnotatet⁴ ble nettopp dette behovet vurdert. Man konkluderer her med at selv om behovet for bestemmelsen åpenbart synes redusert etter innføringen av fritaksmetoden, kan det fortsatt være omorganiseringer som ikke er omfattet av de generelle fritaksreglene⁵. Dette gjelder eksempelvis "transaksjoner der det realiseres andre typer objekter enn de som omfattes av fritaksmetoden"⁶. Skatteloven § 11-11 får derfor selvstendig betydning også i tilfeller hvor aksjonæren er en selskapsaksjonær.

1.2 Begrepsforklaring

En slags definisjon av fusjon følger av (allmenn)aksjeloven § 13-2, hvor det heter at fusjon etter nevnte lover gjelder når "et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets)" eiendeler, rettigheter og forpliktelser (heretter eiendeler mv.). En slik fusjon kalles fusjon ved opptak, nettopp fordi det overdragende selskap blir "tatt opp" i det overtakende selskap. Med "overtakende" selskap menes altså i denne sammenheng det selskap som overtar eiendelene mv. Det "overdragende selskap" er således det selskap som overfører sine eiendeler mv.

Det nevnes at fusjon også kan skje på andre måter. Eksempelvis fusjon ved nystiftelse. Dette innebærer at det opprettes et nytt selskap som overtar begge selskaps eiendeler mv⁷. I et sådan tilfelle vil det nyopprettede selskapet være det overtakende selskap, mens de to selskapene som overfører sine eiendeler mv. vil være overdragende.

³ Med unntak av treprosentregelen jfr. skatteloven §2-38 (6).

⁴ Høringsnotat – om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet – Finansdepartementet 18. januar 2010 (Heretter "høringsnotatet")

⁵ Naas m.fl., Norsk Internasjonal Skatterett - s. 270

⁶ Høringsnotatet pkt. 16.1.3.

⁷ Se nærmere om fusjonstyper i pkt. 4.1.2

Med "grenseoverskridende" menes at fusjonen skjer med selskap hjemmehørende i forskjellige land.

Videre er det vanlig å si at fusjonen skjer "skattefritt" når den oppfyller lovens vilkår⁸. Det er imidlertid noe misvisende å si at fusjonen skjer "skattefritt". I realiteten er det egentlig bare snakk om utsatt beskatning. Når man eksempelvis overfører eiendeler til et annet selskap innebærer det som det klare utgangspunkt at eiendelen realiseres⁹, og at den således er gjenstand for beskatning. Når fusjonen nå kan skje uten umiddelbar beskatning innebærer ikke det at skatteplikten faller bort. I realiteten overføres bare skatteplikten eller fradragsretten til det overtakende selskap¹⁰. For aksjonærene gjelder det samme ettersom de nå får aksjer i det overtakende selskap¹¹. Loven bruker imidlertid uttrykket "skattefri fusjon", og det samme begrepet vil derfor benyttes i den videre fremstilling.

2 Historikk

2.1 Innledning

Bakgrunnen for at vi fikk nye skatteregler om grenseoverskridende fusjoner i 2011 var først og fremst at EFTAs overvåkningsorgan ESA varslet, og konkluderte¹² med at de norske skattereglene ved utflytting av selskap og grenseoverskridende fusjon og fisjon var i strid med EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter¹³. Skattefritak etter de daværende norske reglene forutsatte at alle selskapene som deltok i en fusjon eller fisjon var hjemmehørende i Norge. Man kunne riktignok søke om å gjennomføre en grenseoverskridende fusjonen skattefritt etter dispensasjonsadgangen i skatteloven § 11-22, men dette ble ikke ansett godt nok for å overholde våre EØS-rettslige forpliktelser.

I tillegg til dette hadde man også sett en utvikling hvor selskaper i mye større grad enn tidligere omorganiserte seg og omdannet seg på tvers av landegrensene. En lovfesting av reglene ville derfor effektivisere muligheten for dette i form av færre søknader etter dispensasjonsadgangen. Lovreguleringen ville derfor virke effektiviserende, samtidig som det også ville øke forutsigbarheten for skattyterne. Det var således flere hensyn som lå bak innføringen av de nye skattereglene.

⁸ Se eksempelvis skatteloven § 11-11 tredje ledd.

⁹ Zimmer/BAHR (2014) - s.626

¹⁰ Zimmer/BAHR (2014) - s.627

¹¹ Et eventuelt tilleggsvederlag blir skattlagt etter skatteloven § 11-6.

¹² Letter of Formal Notice av 10. mars 2010 og grunngitt uttalelse ("reasoned opinion") av 2.mars 2011.

¹³ Prop 78 L (2010-2011) – Kapittel 1.

Skatteloven § 11-11 ble derfor endret ved lov 10. juni 2011 nr. 16, og fikk virkning fra og med inntektsåret 2011. Bestemmelsen gjelder som nevnt grenseoverskridende fusjoner, fisjoner og aksjebytte. Interessant i denne fremstillingen er vilkårene som knytter seg til grenseoverskridende fusjoner.

2.2 Utviklingen i EU

Skattepolitikken er ikke omfattet av EØS-avtalen. Norge er således ikke forpliktet til å implementere og gjøre skattedirektiv som kommer fra EU gjeldende i norsk rett. Når ESA likevel konkluderte med at de norske reglene var i strid med EØS-avtalens bestemmelser, skyldtes det at begrensningen i adgangen til å fusjonere eller fisjonere over landegrensene var en restriksjon av etableringsfriheten som en av de fire friheter. Bakgrunnen skyldtes en utvikling på EU-rettens område. I EU hadde man fått nye direktiver for grenseoverskridende omorganiseringen, både på selskapsrettens og på skatterettens område.

2.2.1 Det tiende selskapsdirektiv

Selskapsrettslig fikk vi norske regler som tillot grenseoverskridende fusjoner på et tidligere tidspunkt. Dette var på bakgrunn av at man i EU vedtok et selskapsrettslig direktiv om grenseoverskridende fusjoner i 2005 (det tiende selskapsdirektiv)¹⁴. Selskapsdirektiv er bindende for Norge, og i Norge ble derfor det selskapsrettslige direktivet om grenseoverskridende fusjoner implementert ved Lov 21. desember 2007 nr. 129.

I henhold til direktivet ble det gjort endringer i bl.a. aksjeloven og allmennaksjeloven. At man selskapsrettslig kan fusjonere på tvers av landegrensene, følger nå av (allmenn)aksjeloven § 13-25. På samme måte som i direktivet, bygger prinsippet i allmennaksjeloven § 13-25 på at grenseoverskridende fusjoner i utgangspunktet skal følge de reglene som gjelder for nasjonale fusjoner så langt det lar seg gjøre¹⁵. Også her var bakgrunnen for endringen at det ville være i strid med den frie etableringsrett om man kun tillot nasjonale selskaper å fusjonere. Det hadde lenge vært et spørsmål om fusjon i det hele tatt var omfattet av etableringsretten. Dette ble imidlertid slått fast i sak C-411/03 *SEVIC*, og altså før det tiende selskapsdirektivet var endelig vedtatt¹⁶.

I sak C-411/03 *SEVIC* gjaldt saken et tysk selskap og et selskap fra Luxembourg som ønsket å fusjonere. Tyske myndigheter nektet fusjonen gjennomført på bakgrunn av at de tyske reglene kun aksepterte nasjonale fusjoner. EU-domstolen kom til at grenseoverskridende fusjoner var en del av etableringsretten, og at tysk lovgivningen således innebar en restriksjon. EU-

¹⁴ Direktiv 2005/56/EF – Implementert ved norsk rett ved Lov 21. desember 2007 nr. 129.

¹⁵ Se Sørensen/Slåfjell – Vår Europeiske selskapsrett - pkt. 3.2.7.

¹⁶ Sørensen/Slåfjell – Vår Europeiske selskapsrett pkt. 3.2.7

domstolen påpekte at enkelte omstendigheter kunne begrunne restriksjonen på etableringsfriheten¹⁷, men i dette tilfellet gikk man lenger enn nødvendig. Særlig ble det lagt vekt på at regelen som nektet grenseoverskridende fusjoner var absolutt¹⁸.

I dag følger den selskapsrettslige adgangen til å fusjonere av selskapsdirektivet. I *SEVIC* kom imidlertid EU-domstolen frem til dette resultatet på bakgrunn av en tolkning av traktatreglene. I premiss 19 uttales det at "*[C]ross-border merger operations, like other company transformation operations, respond to the needs for cooperation and consolidation between companies established in different Member States [...] and are therefore amongst those economic activities in respect of which Member States are required to comply with the freedom of establishment laid down by Article 43 EC*". Grenseoverskridende fusjoner ble således ansett å være en del av den frie etableringsrett som statene etter EF-traktaten artikkel 43 (tilsvarende EØS art. 31) er forpliktet til å respektere.

2.2.2 Fusjonsskattedirektivet

Når det var slått fast at fusjon er en del av etableringsfriheten ble spørsmålet hvordan dette skulle løses skattemessig. I 2009 vedtok man derfor EUs fusjonsskattedirektiv¹⁹ (heretter fusjonsskattedirektivet). Fusjonsskattedirektivet omhandler den skattemessig behandlingen av ulike transaksjoner mellom selskap hjemmehørende i de ulike medlemsstatene (herunder fusjon). Fusjonsskattedirektivet var ikke bindende for Norge som EØS-land jfr. over. På den annen side fikk tolkningen av etableringsfriheten etter EØS-avtalen art. 31 i *SEVIC* betydning også på skatterettens område.

I sak C-123/11 *A Oy* gjaldt saken et finsk selskap som i forbindelse med en fusjon av et svensk datterselskap ønsket et skattemessig fradrag av det svenske datterselskapets underskudd. Domstolen viser til *SEVIC*, og påpeker at grenseoverskridende fusjoner anses å være en del av etableringsfriheten, også på skatterettens området. På bakgrunn av dette er Norge forpliktet til å tillate skattefrie grenseoverskridende fusjoner. Dette gjelder altså selv om fusjonsskattedirektivet og andre skattedirektiver ikke er bindende for Norge. Adgangen til å gjennomføre grenseoverskridende fusjoner uten skattlegging følger av etableringsfriheten i EØS-avtalen art. 31. Selv om skattedirektiver ikke er bindende for Norge må altså EØS-statene "utøve sin beskatningskompetansen i overensstemmelse med EØS-retten"²⁰.

¹⁷ C-403/11 *Sevic* – Premiss 28

¹⁸ C-403/11 *Sevic* – Premiss 30

¹⁹ Direktiv 2009/133/EF av 19. oktober 2009.

²⁰ Jfr. Sak E-1/04 *Fokus Bank* – Premiss 20.

3 Rettskildebilde og metodiske utfordringer

3.1 Hensyn og formål

Avhandlingen tar sikte på å være en skatterettslig analyse av de vilkår som kreves for at en grenseoverskridende fusjon kan gjennomføres skattefritt etter skatteloven § 11-11. Bestemmelsene om grenseoverskridende fusjoner er imidlertid relativt nye, og det finnes ingen norsk rettspraksis på skatteloven § 11-11. Videre er lovteksten i § 11-11 er tungt skrevet. Gjems-Onstad uttrykker bl.a. at skatteloven § 11-11 er lang, utilgjengelig og "godt egnet som eksempler på en lovgivningsteknikk der brukeren lett går seg bort"²¹. Riktignok får man god veiledning til forståelse av bestemmelsen i forarbeidene²², og videre har Finansdepartementet kommet med en tolkningsuttalelse om hva som ligger i kravet til skattemessig kontinuitet etter § 11-11²³. Det har blitt diskutert hvorvidt uttalelser fra forvaltningen er en relevant rettskilde. Like diskuterbart er derfor uttalelsers eventuelle vekt. Det er imidlertid hevdet at uttalelser fra Finansdepartementet i alle fall er en relevant rettskilde på skatterettens område²⁴. Av plassmessige hensyn går jeg ikke nærmere inn på diskusjonen her. Uttalelser fra forvaltningen vil uansett være egnet til å illustrere problemstillinger²⁵, og vil således benyttes til det nevnte formål.

Forarbeidene og uttalelsen gir imidlertid ikke svar på alle tolkingsspørsmål. På bakgrunn av et noe begrenset rettskildematerialet vil derfor de formål og hensyn skatteloven §11-11 er ment å ivareta bli et viktig verktøy til analysen. Den utløsende faktor for regelendringen var at de norske reglene ble ansett å være i strid med EØS-retten. Man måtte derfor utforme regler som skulle sørge for at vi overholdt våre EØS-rettslige forpliktelse. Samtidig skulle reglene gjøre adgangen til å fusjonere skattefritt over landegrensene enklere. Det er et vesentlig formål med reglene at selskap skal kunne omstrukturere hensiktsmessig uten at skattereglene setter en stopper.

Når man skal tolke vilkårene som gjelder etter skatteloven § 11-11 må man derfor se hen til hvilke hensyn man tok ved utformingen av de nye reglene. Særlig gjelder dette hvorfor de enkelte vilkår er satt, og om vilkårene er satt hensiktsmessig i forhold til det de har prøvd å oppnå. Reglene skal gjøre adgangen til å fusjonere over landegrensene enklere og mer effektiv enn tidligere, men på den annen side stilles det fortsatt strenge krav til gjennomføringen. Det kan stilles spørsmålstegn hvorvidt det faktisk er enklere å fusjonere skattefritt over lande-

²¹ Gjems-Onstad – Nye regler om skattefri omorganisering – pkt. 6.3

²² Prop 78 L (2010-2011)

²³ Utv.2011.1216

²⁴ Folkvord (2006) - s. 29

²⁵ Slik også Folkvord – Folkvord (2006) - s.29

grensene, enn hva tilfellet var ved den tidligere dispensasjonsordningen. I tillegg kan det reises spørsmål om de norske reglene fortsatt er i strid med våre EØS-rettslige forpliktelser.

3.2 Nærmere om EUs fusjonsskattedirektiv

Fusjonsskattedirektivet omhandler som nevnt den skattemessige behandling av blant annet grenseoverskridende fusjoner. Direktivet skal hindre at selskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater blir behandlet mindre fordelaktig enn tilsvarende transaksjoner mellom selskap hjemmehørende i samme medlemsstat²⁶. Direktivet skal tilfredsstille to delvis motstridende hensyn. For det første skal det bidra til skattemessig nøytralitet ved at reglene skal gjelde for alle medlemsstatene. På den annen side skal det forsøke å ivareta skattefundamentet til de berørte stater.

Selv om fusjonsskattedirektivet ikke er bindende for Norge er det på det rene at reglene i den norske skattelovgivning langt på vei er like de bestemmelsene som følger av fusjonsskattedirektivet. Det fremgår av forarbeidene at lovforslaget i hovedsak bygger på fusjonsskattedirektivets prinsipper²⁷. Begrunnelsen for dette var å sikre våre forpliktelser etter EØS-avtalen i størst mulig grad. Ved utformingen av reglene ønsket derfor Finansdepartementet å legge seg så nær opp til reglene i fusjonsskattedirektivet som mulig. På den annen side kunne man ikke innføre reglene i fusjonsskattedirektivet uten norske særregler. Om Norge hadde vedtatt regler helt lik fusjonsskattedirektivet, kunne dette bydd på problemer²⁸. Fusjonsskattedirektivet skal virke symmetrisk for alle medlemslandene i EU, men medlemslandene plikter ikke å gjøre fusjonsskattedirektivet gjeldende ovenfor EØS-land. Hadde Norge vedtatt regler helt lik de reglene som følger av fusjonsskattedirektivet, kunne det gitt fordeler til selskaper og aksjonærer i andre land, uten at tilsvarende fordeler hadde kommet norske aksjonærer og selskap til gode²⁹. Når reglene for norske fusjoner ikke fullt ut kunne anvendes på grenseoverskridende fusjoner, måtte man altså innføre særregler for de grenseoverskridende tilfellene. For å sikre at våre EØS-rettslige forpliktelser ble overholdt, valgte man imidlertid å legge seg så nær opp til fusjonsskattedirektivet som mulig.

Det er således klart at fusjonsskattedirektivets regler har hatt betydning for utformingen av de norske reglene. Selv om ikke direktivet som sådan er bindende for Norge, må altså det faktum at de norske reglene bygger på direktivet få betydning når man skal tolke de norske reglene.

²⁶ Prop. 78 L (2010 – 2011) – Pkt. 8.2.2.2

²⁷ Prop 78 L (2010 – 2011) – Pkt. 8.5.1.2.

²⁸ Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett s. 827

²⁹ Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett s. 827

3.2.1 Metodiske utfordringer i fusjonsskattedirektivet

Teoretisk kan det tenkes at regler i et direktiv kan bli ansett å være i strid med EU-traktatene og EØS-avtalen³⁰. Dette hører imidlertid til sjeldenhetene, og for å unngå traktatstrid er det således hensiktsmessig å legge regler nær direktiv som vedtas³¹. I forbindelse med innføringen av skatteloven § 11-11 ble det derfor uttalt de norske reglene bør ligge så nære reglene i fusjonsskattedirektivet som mulig.

Fusjonsskattedirektivet er bygd opp på den måten at det angir en positiv oppramsing av situasjoner som innrømmes de skattefordeler som følger av direktivet³². Fusjonsskattedirektivets anvendelsesområdet kan imidlertid ikke tolkes antitetisk³³. Dette innebærer at man ikke kan nekte skattefordeler i andre situasjoner på bakgrunn av at en slik annen situasjon ikke er regulert i direktivet. Til illustrasjon kan nevnes at såkalte trekantfusjoner³⁴ ikke er regulert i fusjonsskattedirektivet. Hvorvidt skattefordeler må innrømmes i slike andre situasjoner, reguleres utelukkende av reglene om de fire friheter³⁵. Det er således ikke den manglene reguleringen i fusjonsskattedirektivet som kan begrunne en eventuell skattlegging for grenseoverskridende trekantfusjoner.

Spørsmålet er om Norge oppfyller sine EØS-forpliktelser når de implementerer innholdet i fusjonsskattedirektivet, men samtidig begrenser innrømmelsen av skattefordeler til de situasjonene som innrømmes slike fordeler under fusjonsskattedirektivet³⁶. Hvorvidt dette er tilfellet kan ikke besvares generelt. Dette må som nevnt avgjøres på bakgrunn av reglene om de fire friheter. Slik Den Norske Advokatforening påpeker i sin høringsuttalelse³⁷ savnes det imidlertid en prinsipiell og grundig drøftelse rundt dette.

Som nevnt innledningsvis er det imidlertid klart at man ikke kunne innføre tilsvarende regler som fusjonsskattedirektivet uten og samtidig innføre norske særregler. For Norge som EØS-stat ville dette kunne blitt problematisk. Dette fordi alle EU-landene plikter å vedta regler i samsvar med direktivet, men de plikter ikke å la EØS-statene bli omfattet av reglene³⁸. Det er

³⁰ Gjems-Onstad – Nye regler om skattefri omorganisering pkt. 6.5

³¹ Gjems-Onstad – Nye regler om skattefri omorganisering pkt. 6.5

³² Høringsuttalelsen s. 7.

³³ Høringsuttalelsen s. 7.

³⁴ Se nærmere om dette i pkt. 4.1.2.1

³⁵ Høringsuttalelsen s. 7.

³⁶ Høringsuttalelsen s. 6.

³⁷ Høringsuttalelse fra Advokatforeningen – utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet mv. – Sendt i forbindelse med departementets høringsnotat av 18. jan 2010.

³⁸ Gjems-Onstad – Norsk Bedriftskatterett s. 827

visstnok kun Sverige som har gjort fusjonsskattedirektivet gjeldende for EØS-landene³⁹. Til eksempel tillater ikke Danmark grenseoverskridende fusjon med norske selskap. De har begrenset reglene til kun å gjelde for selskap hjemmehørende i EU⁴⁰. Norske regler helt tilsvarende de i fusjonsskattedirektivet ville derfor gitt fordeler til danske selskap, uten at tilsvarende fordeler hadde kommet norske selskap og norske aksjonærer til gode.

Som vi ser av det ovennevnte får fusjonsskattedirektivets betydning for de norske reglene på flere måter. Fusjonsskattedirektivets eksistens gjør for det første at de norske reglene bør korrespondere med reglene i direktivet. Dette for at de norske reglene da må anses å være i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Videre må man ha i bakhodet at fusjonsskattedirektivet ikke er en uttømmende regulering av situasjoner hvor fusjoner over landegrensene kan gjennomføres skattefritt. Fusjonsskattedirektivets formål var å harmonisere reglene innen EU for enkelte tilfeller av grenseoverskridende transaksjoner, men ikke å "presisere rekkevidden av etableringsfriheten og kapitalbevegelsesfriheten på området for fusjoner og fisjoner"⁴¹. Norske skatteregler som bygger på fusjonsskattedirektivet kan således tenkes å stride mot EØS-avtalen. Endelig må Norge tilpasse seg reglene på bakgrunn av sin rolle som EØS-stat. Direktivet er i utgangspunktet kun bindende for EU-statene, og det kan gi uheldige virkninger om norske regler ikke har sett hen til dette.

4 Selskapsrettslige regler

Det følger av skatteloven §§ 11-11 første og sjette ledd at fusjonen må skje "etter kapittel 13 i aksjeloven eller kapittel 13 i allmennaksjeloven". Dette innebærer at den grenseoverskridende fusjonen må følge de selskapsrettslige regler for grenseoverskridende fusjoner. I utgangspunktet er det derfor et skatterettslig vilkår at den grenseoverskridende fusjonen skjer i henhold til selskapsreglene. Er ikke fusjonen gjort i henhold til de selskapsrettslige reglene vil den heller ikke oppfylle de vilkår for grenseoverskridende fusjon som følger av skattelovgivningen.

Konsekvensen av dette vil i utgangspunktet være at fusjonen ikke kan gjennomføres. I praksis skjer dette ved at den nektes registrert i foretaksregisteret, eksempelvis fordi den grenseoverskridende fusjonen gjelder selskapstyper som ikke omfattes av (allmenn)aksjeloven § 13-1. På den annen side vil ikke dette medføre noen skatterettslige konsekvenser. Det har ikke skjedd noen overføring av eiendeler mv., og det er således ingen grunnlag for beskatning. Det kan imidlertid tenkes at den grenseoverskridende fusjonen tillattes gjennomført selskapsrettslig, men at den likevel ikke kan gjennomføres uten beskatning. Dette gjelder eksempelvis dersom

³⁹ Gjems-Onstad – Norsk bedriftsskatterett s. 827

⁴⁰ Gjems-Onstad/Furuseth - Aktuell Bedriftsbeskatning s. 39.

⁴¹ Høringsuttalelsen s. 7.

tilleggsvederlaget overstiger 20 %⁴². Ettersom det er en forutsetning at fusjonen gjennomføres i henhold til de selskapsrettslige reglene, vil det i det følgende gis en kort fremstilling av disse. Av plassmessige hensyn vil det ikke redegjøres for alle selskapsrettslige forutsetninger. Fokus vil ligge på de mest generelle forutsetningene, samt de som gjør seg særlig gjeldende for de skatterettslige vilkår.

4.1 Allmennaksjeloven § 13-25

Den selskapsrettslige hjemmel for grenseoverskridende fusjoner er (allmenn)aksjeloven § 13-25. Aksjeloven § 13-25 viser til at bestemmelsene i allmennaksjeloven gjelder tilsvarende for fusjoner over landegrensene med aksjeselskap. I det følgende tas det derfor utgangspunkt i allmennaksjelovens regler for grenseoverskridende fusjon. Allmennaksjeloven § 13-25 gir videre de alminnelige reglene om fusjon tilsvarende anvendelse ved fusjoner over landegrensene jfr. allmennaksjeloven § 13-25 annet ledd.

4.1.1 Krav til selskapsform

Etter allmennaksjeloven § 13-25 må det for det første gjelde et norsk (allmenn)aksjeselskap med begrenset ansvar. I dette ligger at eksempelvis deltagerlignende selskap ikke kan fusjonere over landegrensene. Det følger imidlertid av forarbeidene⁴³ at reglene i aksjeloven og allmennaksjeloven gjelder tilsvarende for SE-selskaper, forsikringsaksjeselskaper mm. Dette under forutsetning av at de organiseres som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap⁴⁴. Videre kreves det etter allmennaksjeloven § 13-25 første ledd annet punktum at det utenlandske selskap må ha en "selskapsform som etter sin stats selskapslovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap". Hva som eksakt ligger i dette, er noe uklart. Basert på ordlyden må det i alle fall kunne antas at det kreves et selskap med begrenset ansvar. Dette betyr at eksempelvis ansvarlige selskap, selskaper med delt ansvar, kommandittselskaper og andre typer deltakerlignende selskap faller utenfor⁴⁵.

Videre kreves det at det utenlandske selskap har sitt registrerte forretningskontor eller hovedkontor i en annen EØS-stat, og at det må være underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat. Det er således ikke nok at selskapet er underlagt lovgivning i en EØS-stat. Det må også ha sitt registrerte forretningskontor eller hovedkontor i en EØS-stat (og vice versa). Er det flere utenlandske selskap som deltar i fusjonen, gjelder dette for alle selskapene.

⁴² Se nærmere om tilleggsvederlag i pkt. 4.1.3

⁴³ Prop. 78 L (2010-2011) - pkt. 8.5.1.1

⁴⁴ Prop. 78 L (2010-2011) - pkt. 8.5.1.1

⁴⁵ Se en nærmere diskusjon rundt dette i pkt. 5.2

4.1.2 Fusjonstyper

Allmennaksjeloven § 13-25 annet ledd gir henvisning til hvilke regler for nasjonale fusjoner som også skal gjelde tilsvarende i de grenseoverskridende tilfellene. Allmennaksjeloven § 13-25 annet ledd nr. 1 henviser til asal. § 13-2 første ledd. I den nevnte bestemmelse finner vi den selskapsrettslige definisjon på fusjon. Grenseoverskridende fusjoner er derfor begrenset til å gjelde fusjoner som faller inn under definisjonen av det selskapsrettslige fusjonsbegrepet i § 13-2 første ledd.

I allmennaksjeloven § 13-2 første ledd gis det uttrykk for at fusjon skjer når det overtakende selskap overtar det overdragende selskap sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser, mot at aksjeeierne i det overdragende selskap får aksjer i det overtakende selskap som vederlag. Det at et overtakende selskap overtar det overdragende selskap sine eiendeler mv. kan skje på flere måter. Den mest brukte fusjonsformen er fusjon ved opptak. Dette innebærer at et overdragende selskap viderefører sin virksomhet til et eksisterende overtakende selskap. Det overtakende selskap foretar så en kapitalforhøyelse og utsteder vederlagsaksjer til aksjonærene i det overdragende selskap.

Fusjon ved nystiftelse innebærer at det stiftes et nytt selskap som overtar to eller flere selskaper. De overdragende selskap viderefører sine eiendeler mv. til det nystiftede selskapet, og mottar vederlagsaksjer herfra. Også dette faller inn under ordlyden i allmennaksjeloven § 13-2 første ledd. Selv om ordlyden i § 13-2 første ledd beskriver både det overdragende selskap og overtakende selskap i entall, er det på det rene at en slik fusjon kan gjennomføres. Det er således ingen begrensning på hvor mange overdragende selskap som kan inngå i en fusjon, men det kan kun være ett overtakende selskap⁴⁶. Ved fusjon ved nystiftelse vil vederlagsaksjene utstedes fra det nystiftede selskapet. Grunnen til at fusjon ved opptak brukes i større utstrekning enn fusjon ved nystiftelse, er at man sparer kostnadene ved å opprette et nytt selskap⁴⁷. Når fusjon ved nystiftelse likevel benyttes, kan bakgrunnen for dette være så enkel at man rett og slett ikke klarer å bli enig om hvem som skal være overtakende selskap.

4.1.2.1 Trekantfusjoner

Det følger videre av allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd at dersom det overtakende selskap tilhører et konsern, og hvor et av selskapene i konsernet eier mer enn 90 prosent av aksjene og stemmene, kan vederlaget i stedet være aksjer i morselskapet, eller aksjer i et annet datterselskap. Dette er såkalt trekantfusjon. Allmennaksjeloven § 13-25 henviser imidlertid ikke til § 13-2 annet ledd. Dette innebærer at trekantfusjoner kun kan skje nasjonalt.

⁴⁶ Gjems Onstad – Norsk Bedriftsskatterett – s. 812

⁴⁷ Gjems Onstad – Norsk Bedriftsskatterett – s. 812

I forarbeidene⁴⁸ ble dette begrunnet med at trekantfusjoner "synes å være et særnorsk fenomen". Fusjonsdirektivets regler omfatter ikke trekantfusjoner, og man ville derfor neppe finne regler om trekantfusjoner i andre EØS-staters lovgivning. Ved å åpne for grenseoverskridende trekantfusjoner etter norsk rett ville man derfor bare reise andre og heller unødvendige problemstillinger⁴⁹.

Det nevnes i dette henseende at såkalt aksjebytte kan gjennomføres skattefritt når det skjer mellom et norsk selskap og et utenlandsk selskap jfr. skatteloven § 11-11 fjerde ledd⁵⁰, men det åpnes ikke for skattefritt aksjebytte mellom to norske selskap. Ved aksjebytte får aksjonærene i det overdragende selskap aksjer i det overtakende selskap, men forskjellen fra fusjon er at det overdragende selskapet ikke oppløses⁵¹. Dette betyr at det overdragende selskap blir et datterselskap av det overtakende selskap. Selskapsstrukturen etter gjennomføringen vil således være den samme som ved trekantfusjon.

Det kan stilles spørsmålsteget ved om hensynene bak bestemmelsen blir ivaretatt i praksis. I forarbeidene⁵² påpekes det fra flere hold at både praktiske og forretningsmessige grunner taler for at også en nasjonal "fusjon" må kunne gjennomføres som aksjebytte. Dette blir ikke kommentert nærmere i forarbeidene, og det således vanskelig å se begrunnelsen for at aksjebytte mellom to norske selskap ikke kan gjennomføres. To norske selskap som ønsker å slå seg sammen må i dag gå gjennom en omfattende fusjonsprosess for å kunne danne en konsernstruktur. Det oppfordres således heller til å etablere en slik struktur med selskaper på tvers av landegrensene. Dette resultatet må sies å være uheldig, og kan vanskelig tenkes tilsiktet fra departementets side⁵³.

4.1.3 Tilleggsvederlag

Allmennaksjeloven § 13-2 første ledd nr. 2 gir uttrykk for at aksjeeierne, i tillegg til aksjer i det overtakende selskap, kan motta et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. I utgangspunktet innebærer kravet om full eierkontinuitet at alle involverte aksjonærer må ha like store aksjeverdier før og etter fusjonen. Det er imidlertid hensynet til fleksibilitet som åpner for at det kan gis tilleggsvederlag i stedet for, eller i tillegg til, vederlagsak-

⁴⁸ Ot.prp.nr.78 (2006 – 2007) – Pkt. 3.1.2.2

⁴⁹ Eksempelvis hvordan man skal gjennomføre kapitalforhøyelse i det utstedende selskapet

⁵⁰ Gjems-Onstad – Valg av selskapsform (2013) - s. 195

⁵¹ Gjems-Onstad –Valg av selskapsform (2013) – s. 195

⁵² Prop 78 L (2010-2011) - pkt. 8.5.4

⁵³ Wangen – Nye regler om skattefritt aksjebytte.

sjer. Eksempelvis kan dette skje ved at enkelte aksjonærer mottar vederlagsaksjer av en lavere verdi, og i stedet får et tilleggsvederlag i form av annet enn aksjer⁵⁴ (typisk kontanter).

Denne begrensningen gjelder imidlertid ikke dersom lovgivningen i et av de deltakende selskaps hjemland åpner for å gjennomføre fusjonen med et tilleggsvederlag som overstiger 20% jfr. allmennaksjeloven § 13-25 annet ledd nr. 1. Her ser vi et eksempel på at skattereglene fraviker selskapsreglene. Etter skatteloven §11-11 første ledd annet punktum heter det kun at annet vederlag enn aksjer ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. I skatteloven § 11-11 er altså ikke unntaket tatt med. Dette betyr at en grenseoverskridende fusjon med tilleggsvederlag som overstiger 20 prosent kan gjennomføres selskapsrettslig, men den vil ikke kunne gjennomføres skatterettslig. Fusjonen vil således bli godkjent etter selskapslovgivningen, men dette vil i så fall innebære at fusjonen blir gjenstand for beskatning.

Spørsmålet om tilleggsvederlag kan komme på spissen i de tilfellene landene har forskjellige krav til vederlagets størrelse. Til eksempel kan det nevnes en fusjon med norsk overdragende og svensk overtakende selskap der tilleggsvederlaget er 40 %. Selskapsrettslig vil dette kunne godkjennes i begge disse landene, men skatterettslig vil ikke dette godkjennes i Norge⁵⁵. Verken fusjonsskattedirektivet eller skatteavtalene sier noe om hvordan et slikt tilfelle skal løses⁵⁶. I fusjonsskattedirektivet er riktignok tilleggsvederlaget begrenset til 10 % av pålydende ("a cash payment not exceeding 10 % of the nominal value") jfr. art 2 a, men direktivet gir ingen løsning i tilfeller hvor statene har forskjellige krav. Videre bidrar heller ikke forarbeidene til å finne svar på problemet. I forarbeidene gis det kun uttrykk for at det er "opp til selskapene å fastsette størrelsen på tilleggsvederlaget, og de står derfor fritt til å velge et tilleggsvederlag i samsvar med kravene i skatteloven"⁵⁷. Forarbeidene åpner med andre ord kun for at det settes et tilleggsvederlag lavere enn 20 prosent, noe som for øvrig følger eksplisitt av lovteksten.

I et tilfelle som over blir altså spørsmålet hvilket lands rett som skal gjelde. Et argument kan være å se hen til aksjonærene. Å imøtekomme kravet til 20% tilleggsvederlag vil kanskje ikke være et problem der alle aksjonærene er norske⁵⁸. Begrunnelsen vil i så fall være at det er naturlig om norske aksjonærer følger norske regler, og motsatt dersom det kun hadde vært svenske aksjonærer. Etter min mening er det gode grunner som taler for å la det landet med lavest maksimaltillegg komme til anvendelse. Dette vil i alle fall sørge for at fusjonen tilfreds-

⁵⁴ Zimmer/BAHR (2014), s. 640

⁵⁵ Eksempelet er hentet fra Gjems-Onstad/Folkvord, Aktuell Bedriftsbeskatning s. 42.

⁵⁶ Gjems-Onstad/Folkvord, Aktuell Bedriftsbeskatning s. 42.

⁵⁷ Prop 78 L (2010-2011) – pkt. 8.5.1.1.

⁵⁸ Gjems-Onstad/Folkvord, Aktuell Bedriftsbeskatning s. 42

stiller kravene i begge stater. Et slikt syn støttes av at begrensning i tilleggsvederlaget er satt for å sikre eierkontinuitet. Jo lavere tilleggsvederlag, jo større eierkontinuitet. På den annen side blir dette en teoretisk tilnærming. I praksis vil det svenske selskapet kunne nekte å inngå en fusjon dersom det settes en begrensning til tilleggsvederlaget på 20 %. På samme måte kan man i Norge nekte fusjonen gjennomført skattefritt hvis vederlaget settes til 40 %. En annen mulighet kan være å søke dispensasjon etter skatteloven §11-22⁵⁹. Problemet anses imidlertid uløst, men de forskjellige kravene til tilleggsvederlag kan være et hinder for selskap som ønsker å fusjonere skattefritt over landegrensene.

4.2 Lovlighetsvilkåret

Det følger av det ovennevnte at det er flere selskapsrettslige forutsetninger for at en fusjon kan gjennomføres skattefritt. Et annet spørsmål er hvorvidt et hvert brudd på disse reglene vil medføre at fusjonen ikke kan gjennomføres skattefritt.

Tidligere gjaldt det et regnskapsrettslig og selskapsrettslig lovlighetsvilkår for å kunne oppnå skattemessig kontinuitet ved fusjon og fisjon⁶⁰. Etter daværende § 11-1 annet ledd i skatteloven var det et generelt vilkår for fusjoner og fisjoner at de var gjennomført i henhold til norske selskaps- og regnskapsrettslige regler. Regnskapsrettslig betydde dette eksempelvis at valg av regnskapsføringsprinsipp ved fusjonen fikk betydning for om fusjonen oppfylte kravene til skatterettslig kontinuitet⁶¹.

I brev av 9. april 2003⁶² uttalte Finansdepartementet at det på bakgrunn av lovens ordlyd og forarbeider kunne reises spørsmål om et hvert brudd på de selskaps- og regnskapsrettslige vilkårene for skattefri fisjon og fusjon ville innebære at transaksjonen ikke kunne oppfylle kravene til skattefri fisjon og fusjon. Finansdepartementet la til grunn et det måtte gjelde et vesentlighetskriterium ved vurderingen av om feilen innebar at fusjonen kunne eller ikke kunne gjennomføres etter vilkårene i skatteloven.

Ved lovendringen i 2011 ble spørsmålet igjen tatt opp. I forarbeidene⁶³ ble det foreslått at brudd på selskapsrettslige saksbehandlinger ikke burde få skatterettslig betydning med mindre "særlige skattemessige hensyn" tilsa noe annet. Dette fordi det ville virke uforholdsmessig tyngende om brudd på de selskapsrettslige reglene utløser beskatning på selskaps- og aksjonærnivå, dersom fusjonen kan gjennomføres til tross for feilen. Man valgte derfor å oppheve

⁵⁹ Gjems-Onstad/Folkvord, Aktuell Bedriftsbeskatning s. 42

⁶⁰ Zimmer/BAHR (2014) - s. 616

⁶¹ Zimmer/BAHR (2014) - s.616

⁶² Utv.2003.796

⁶³ Prop 78 L (2010-2011) – pkt. 2.1

dette lovlighetsvilkåret. Et vesentlig hensyn bak opphevelsen var at de selskapsrettslige saksbehandlingsreglene normalt ikke er begrunnet ut fra skatterettslige hensyn, og at disse reglene "først og fremst er fastsatt av hensyn til å beskytte interesser hos private parter"⁶⁴.

Når det gjaldt reglene om regnskapsmessig gjennomføring, uttalte departementet at det måtte være skattemessig uten betydning om fusjonen ble gjennomført etter transaksjonsmetoden eller kontinuitetsmetoden. Begge metodene er tillatt, og fra og med 2011 ble derfor dette regnskapsmessige lovlighetskravet opphevet.

Lovlighetsvilkåret ble etter dette ansett opphevet. I dag er det altså skatterettslig uten betydning hvilket regnskapsprinsipp som benyttes ved fusjonen, og brudd på selskapsrettslige skal ikke få betydning med mindre "særlig skattemessige hensyn" tilsier noe annet.

4.2.1 Betydningen av lovlighetsvilkåret i dag

Det fremstår imidlertid som noe uklart hvordan dagens situasjon er. Det kan stilles spørsmålstegn om hva henvisningen om at fusjonen må skje "etter kapittel 13 i aksjeloven eller kapittel 13 i allmennaksjeloven" i skatteloven § 11-11 innebærer hvis lovlighetsvilkåret nå er opphevet. Slik jeg forstår det må opphevelsen av lovlighetsvilkåret først og fremst innebære at fusjonen kan gjennomføres uten beskatning selv om den ikke har skjedd i samsvar med de selskapsrettslige regler. Man kan med andre ord ikke nekte en fusjon gjennomført skattefritt på bakgrunn av det er gjort selskapsrettslige feil. Teoretisk er dette greit. I praksis gir det mindre mening.

Hvis en fusjon er rammet av rent formelle feil selskapsrettslig, vil den nektes registrert som fusjon i foretaksregisteret. Nektes fusjonen registrert i foretaksregisteret blir det ikke snakk om å gjennomføre noen fusjon. Fusjonen trer ikke i kraft jfr. allmennaksjeloven § 13-17. Da er det følgelig likegyldig om fusjonen skjer (det vil si; eventuelt skjedd) med skattemessig kontinuitet. I realiteten ser det derfor ut til å være liten praktisk forskjell på tilstanden i dag og før opphevelsen av vilkåret. Gjems-Onstad påpeker et tilfelle han kan se dette komme på spissen⁶⁵: Fusjonen godkjennes selskapsrettslig ved en feiltagelse. Når den selskapsrettslige feilen oppdages kan det tenkes at feilen nå må medføre at fusjonen utløser beskatning. Fusjonen er ikke gjennomført i henhold til (allmenn)aksjeloven kapittel 13 jfr. skatteloven § 11-11.

I et tilfelle som det ovennevnte må man imidlertid se på hva som er konsekvensen av en slik selskapsrettslig feil. I ytterste konsekvens vil den selskapsrettslige feil medføre at fusjonen må

⁶⁴ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 7.5.1

⁶⁵ Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett – s. 822

avregistreres. Det må imidlertid legges til grunn at det skal mye til før en fusjon i ettertid blir avregistrert. Det eneste tenkte tilfellet som kan komme på spissen, er således svært upraktisk.

Det er etter dette uklart hva betydningen av henvisningen til aksjeloven eller allmennaksjeloven kapittel 13 innebærer. Gjems-Onstad sier at "henvisningen i skatteloven om at fusjonen må skje etter asl/asal kap 13 kan derfor vanskelig tenkes å innebære mer enn at fusjonen ikke kan nektes registrert eller i ettertid fremstå som selskapsrettslig ugyldig". Dette er jeg for så vidt enig i hva gjelder den selvstendige skatterettslige betydningen av henvisningen.

Slik jeg ser det kan henvisningen også tenkes inntatt av rent rettspedagogiske grunner. En fusjon er en omdanning på selskapsnivå, og omdanningen må naturligvis følge de selskapsrettslige reglene. Like naturlig er det derfor at man i utgangspunktet henviser til aksjelovene i skatteloven § 11-11 for de grenseoverskridende tilfellene, på samme måte som man henviser til aksjelovgivningen i §11-2 for de nasjonale tilfellene. For skattyter som ønsker å foreta en skattefri fusjon kan det være greit med en påminnelse om at fusjonen også må følge de selskapsrettslige reglene for at den i det hele tatt skal kunne gjennomføres. Samtidig får altså henvisningen skatterettslig betydning ved at fusjonen ikke må nektes registrert eller i fremtiden fremstå som selskapsrettslig ugyldig.

Det kan gjøres et skille mellom forholdet til selskapsreglene og forholdet til regnskapsreglene. Det er på det rene at fusjonen kan gjennomføres uten beskatning selv om det foreligger brudd på regnskapsreglene. Like sikkert er det ikke for de selskapsrettslige reglene. Det er imidlertid antatt at henvisningen til aksjelovgivningen kapittel 13 uansett ikke kan sies å innebære en gjeninnføring av det lovlighetskravet som ble opphevet⁶⁶.

5 Skatteloven § 11-11

Det rettslige grunnlaget for at fusjoner, fisjoner og aksjebytte over landegrensene kan skje uten skattlegging er altså skatteloven § 11-11. De skattemessige vilkår og konsekvenser av fusjoner over landegrensene vil være avhengig av transaksjonens art. Særlig går det her et skille mellom det tilfellet at det overtakende selskapet i fusjonen er norsk, og det tilfellet at det overdragende selskapet i fusjonen er norsk. Hvor det er snakk om norsk overdragende selskap er dette regulert i skatteloven § 11-11 første ledd, mens der hvor det norske selskapet er overtakende reguleres av skatteloven § 11-11 sjette ledd.

Vilkårene er imidlertid langt på vei de samme. Både når det norske selskapet er overtakende og når det norske selskapet er overdragende kreves det eksempelvis at fusjonen gjennomføres

⁶⁶ Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett s. 822

i henhold til (allmenn)aksjeloven kapittel 13 og at et eventuelt tilleggsvederlag ved fusjonen ikke overstiger 20 prosent av fusjonsvederlaget. I tillegg gjelder bestemmelsene i skatteloven §§ 11-6 til 11-10 tilsvarende for begge tilfeller jfr. skatteloven § 11-11, henholdsvis første og sjette ledd. Henvisningen til skatteloven §§ 11-6 til 11-10 innebærer at mange av de samme reglene som gjelder for nasjonal fusjon også gjør seg gjeldende i de grenseoverskridende tilfellene. Dette innebærer bl.a. at eventuelt tilleggsvederlag er skattepliktig (§11-6), at det overdragende selskapet må avvikles etter fusjonen (§11-9) og på hvilket tidspunkt fusjonen får virkning (§11-10). Disse nettopp nevnte bestemmelser reiser ikke særlige spørsmål for de grenseoverskridende tilfellene. Et vesentlig vilkår for skattefri fusjon er imidlertid at fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet jfr. skatteloven § 11-7. Her oppstår det også særlige spørsmål i forbindelse med de grenseoverskridende fusjonene.

I den videre fremstilling vil jeg først se på de vilkår som gjelder uavhengig av om det norske selskapet er overdragende eller overtakende. Skillet mellom norsk overdragende og norsk overtakende får først og fremst betydning ved kravet til skattemessig kontinuitet etter skatteloven § 11-7 (Se pkt. 6).

5.1 Virkeområdet

For at et selskap i det hele tatt skal være skattepliktig til Norge kreves det at det er hjemmehørende her. Dette følger implisitt av skatteloven § 2-2, som ramser opp de selskapstypene som er skattepliktig til Norge "såfremt de er hjemmehørende i riket". Skatteloven § 11-11 bruker den samme formuleringen. Også her kreves det at minst et av selskapene som deltar i fusjonen er hjemmehørende i Norge. Dette gjelder uavhengig av om det norske selskapet er overdragende eller overtakende jfr. henholdsvis første og sjette ledd.

Hva som ligger i "hjemmehørende" er et vanskelig spørsmål. Det er imidlertid sikker rett at uttrykket ikke referer til formelle kriterier⁶⁷. Det vesentlige vilkår synes å være hvor selskapets ledelse utøver sine funksjoner. Et selskap stiftet i utlandet kan således være hjemmehørende i Norge, såfremt det utøver sine ledende funksjoner her. Av plassmessige hensyn drøftes det ikke nærmere hva som ligger i "hjemmehørende". Det nevnes likevel at spørsmålet lett kan komme på spissen, eksempelvis dersom den annen stat legger til grunn mer formalistiske kriterier. To stater kan i så fall ha ulik oppfatning av hvor selskapet er skattemessig hjemmehørende. Mønsteravtalen⁶⁸ synes imidlertid å bygge på tilsvarende kriterier som i Norge jfr. "place of effective management" jfr. art 4 tredje ledd.

⁶⁷ Zimmer – Internasjonal Skatterett (2009) s. 12

⁶⁸ OECD – Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital

Videre er virkeområdet til skatteloven § 11-11 begrenset til å gjelde selskap hjemmehørende innenfor EØS. Et norsk selskap kan altså ikke fusjonere skattefritt med selskap hjemmehørende utenfor EØS. Også her kan det tenkes at det utenlandske selskapet skatterettslig er hjemmehørende i et EØS-land, men stiftet og registrert i et land utenfor EØS. Skatterettslig vil imidlertid ikke dette i seg selv by på problemer. Det avgjørende for om selskapet kan fusjonere skattefritt er hvor det er skattemessig hjemmehørende. På den annen side kan det ha selskapsrettslig betydning at selskapet er stiftet og registrert i et annet land. Se nærmere om dette i pkt. 5.1.1 nedenfor.

Endelig er det et vilkår for skattefritak at det utenlandske selskap ikke er hjemmehørende i lavskatteland jfr. skatteloven § 11-11 syvende ledd. Definisjonen av lavskatteland følger av § 10-63. For lavskatteland utenfor EØS er bestemmelsen absolutt. For selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS kan man imidlertid gjennomføre en skattefri fusjon så lenge selskapet er "reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet" her jfr. § 11-11 syvende ledd, annet punktum.

Vilkåret om at selskapene må være hjemmehørende i EØS gjelder ikke for aksjebytte etter skatteloven § 11-11 fjerde ledd eller for fusjon mellom to utenlandske selskap. På den annen gjelder skatteloven § 11-11 syvende ledd også i disse tilfellene. Dette innebærer at aksjebytte eller fusjon mellom utenlandske selskap ikke kan skje skattefritt i Norge hvis landene er hjemmehørende i lavskatteland. Videre stilles det krav til at selskapet er "reelt etablert og driver økonomisk aktivitet" dersom selskapene er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS jfr. skatteloven § 11-11 syvende ledd annet punktum.

5.1.1 Hjemmehørende i Norge – Registrert i utlandet

Allmennaksjeloven § 13-25 bruker ikke formuleringen "hjemmehørende". Etter allmennaksjeloven kreves det at det utenlandske selskap har "sitt registrerte forretningskontor eller sitt hovedkontor i annen EØS-stat". I forarbeidene uttales det imidlertid at virkeområdet for § 13-25 første ledd er fusjon der minst et selskap er aksjeselskap og der minst ett av selskapene "hører hjemme" i en annen EØS-stat⁶⁹. Også allmennaksjeloven synes derfor å kreve noe mer enn formell registrering av selskapet i den annen stat. Dette syn støttes videre ved at § 13-25, som et kumulativt vilkår, krever at det utenlandske selskap er "underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat enn Norge". På den annen side kan det tenkes at et selskap er registrert og underlagt aksjelovgivningen i et land, men skatterettslig hjemmehørende i et annet.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 78. (2006-2007) pkt. 17.1.

Dette var tilfellet i en sak fra 2012 som Finansdepartementet tok stilling til gjennom bindende forhåndsuttalelse⁷⁰. Finansdepartementet konkluderte her med at et engelskregistrert selskap var skattemessig hjemmehørende i Norge. Bakgrunnen var at virksomheten utelukkende ble utført i Norge gjennom et NUF (Norsk enhet av Utenlandsk Foretak). Skatterettslig ble dette derfor ansett å være en fusjon mellom norske selskaper. At utenlandske selskap hjemmehørende i Norge kunne fusjonere med norske selskap var imidlertid slått fast tidligere⁷¹. Spørsmålet nå var om dette også gjaldt når det ene selskapet var underlagt norsk aksjelovgivning, og det andre selskapet utenlandsk aksjelovgivning.

Det konkluderes med at selskapene kan fusjonere så lenge de norske materielle vilkår som følger av aksjeloven er oppfylt. I tillegg til dette måtte formelle og andre krav som fulgte av engelsk aksjelovgivning være oppfylt. Engelsk selskapslovgivning åpnet eksempelvis ikke for fusjon med norske selskaper. Dette innebar at selskapet måtte likvididert i henhold til de engelske reglene for likvidasjon. Samtidig måtte de materielle vilkår etter norsk aksjelovgivning være oppfylt. Eksempelvis kunne ikke tilleggsvederlaget overstige 20%.

På bakgrunn av det ovennevnte kan et selskap være hjemmehørende i Norge, selv om det er stiftet eller registrert i utlandet. Hvor selskapene er hjemmehørende vil således være det avgjørende for om vi skatterettslig står ovenfor en nasjonal eller en grenseoverskridende fusjon. Er det utenlandske selskap underlagt utenlandsk selskapslovgivning må imidlertid fusjonen tilfredsstille vilkårene etter både den utenlandske og den norske selskapslovgivningen for at fusjonen i det hele tatt skal kunne gjennomføres.

5.2 "Begrenset ansvar"

Uansett fusjonstype kreves det etter skatteloven § 11-11 at det selskapet som er hjemmehørende i en annen EØS-stat, er et selskap med "begrenset ansvar". For norske selskaper gir skatteloven § 2-2 svar på hvilke selskaper som har skatteplikt som følge av det er egne skattesubjekt, og som således har begrenset ansvar.

For skattefritak etter fritaksmetoden i § 2-38 kreves det at det utenlandske selskapet må være et "tilsvarende selskap" som nevnt i § 2-2 første ledd bokstav a-d. Skatteloven § 11-11 mangler en tilsvarende henvisning. Etter § 11-11 kreves det kun at selskapet har "begrenset ansvar". Spørsmålet er således om man må legge til grunn en "tilsvarende"-vurdering lik den man finner for fritaksmetoden for å avgjøre om selskapet er et selskap med begrenset ansvar etter skatteloven § 11-11. Spørsmålet om et selskap har "begrenset ansvar" kan eksempelvis

⁷⁰ BFU 11/12

⁷¹ Se eksempelvis Utv.1998.838

komme på spissen hvis den annen stat har interne regler som tilsier et annet resultat enn de norske reglene. I forhold til formuleringen "tilsvarende" i § 2-38 kom Høyesterett i Rt.2012.1380 til at et tysk kommandittselskap tilsvarte et norsk aksjeselskap ettersom ingen deltaker hadde ubegrenset ansvar. Det var altså den norske klassifiseringen av selskapet som ble avgjørende for om selskapet hadde "begrenset ansvar" etter fritaksmetoden. Ettersom man la den norske klassifiseringen til grunn innebar dette at det tyske selskapet ikke fikk fradrag for tap ettersom de falt utenfor fritaksmetoden jfr. § 2-38.

Det sies ikke noe nærmere i forarbeidene hva som menes med "begrenset ansvar" etter skatteloven § 11-11. Zimmer antar på bakgrunn av Rt.2012.1380 at det tyske kommandittselskapet også ville blitt ansett som et selskap med "begrenset ansvar" etter skatteloven § 11-11. Dette fordi det i praksis synes å være "liten forskjell i anvendelsesområdet for de ulike bestemmelsene"⁷². Legger man dette til grunn vil altså den norske klassifiseringen av selskapet være avgjørende for hvorvidt det utenlandske selskapet er et selskap med begrenset ansvar etter skatteloven § 11-11.

I Rt.2012.1380 gjaldt saken en konsernintern overdragelse. Hvis vi i stedet legger til grunn at det skal foretas en grenseoverskridende fusjon med et norsk aksjeselskap og et tysk kommandittselskap gir imidlertid en slik forståelse mindre praktisk mening. Zimmer sin forståelse innebærer at en slik grenseoverskridende fusjon kan gjennomføres etter skatteloven § 11-11 ettersom et tysk kommandittselskap vil være et selskap med "begrenset ansvar" etter skatteloven § 2-2. På den annen side gir skatteloven § 11-11 henvisning til at fusjonen må skje etter kapittel 13 i (allmenn)aksjeloven. Etter allmennaksjeloven § 13-25 første ledd annet punktum kan et norsk allmennaksjeselskap bare fusjonere med et utenlandsk selskap "som har en selskapsform som etter sin stats selskapslovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap". Etter tysk rett svarer ikke tysk kommandittselskap til allmennaksjeselskap. Fusjonen vil etter dette ikke kunne gjennomføres selskapsrettslig. Det blir da uten betydning om det tyske kommandittselskapet kan sies å "tilsvare" et norsk (allmenn)aksjeselskap. Det avgjørende etter allmennaksjeloven er om selskapet etter sin stats (i dette tilfelle tysk) lovgivning svarer til aksjeselskap. Poenget i denne sammenheng er imidlertid ikke hvorvidt selskapet etter tysk rett svarer til norsk aksjeselskap. Poenget i denne sammenheng er at det fremstår om merkelig om det *avgjørende* skal være hvorvidt selskapet etter tysk rett svarer til aksjeselskap.

Det er på det rene at utenlandske selskap kan være organisert på andre måter enn de vi kjenner til fra norsk selskapsrett. Det er naturligvis en viss forskjell mellom lands selskapsrett. I Tyskland tillater man eksempelvis at komplementaren har ubegrenset ansvar selv om den ikke har

⁷² Zimmer/BAHR (2014) - s. 271

noen eierandel. Dette i motsetning til norske regler, og var derfor en vesentlig faktor for at tyske selskapet ble ansett å tilsvare norsk aksjeselskap. Utenlandske selskap kan således ha en selskapsform som etter sin selskapsrett ikke tilsvare aksje- eller allmennaksjeselskap, men hvor selskapsformen likevel tilsvare det vi i Norge klassifiserer som aksje- eller allmennaksjeselskap.

At en fusjon med et slikt selskap vil nektes gjennomført i henhold til allmennaksjeloven må sies å være lite forenlig med formålet om å legge til rette for hensiktsmessige omorganiseringer på tvers av landegrensene. Bakgrunnen for at det kun er aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som skal kunne fusjonere er jo først og fremst at disse har begrenset ansvar. Så lenge den norske klassifiseringen av det utenlandske selskap tilsier at selskapet har begrenset ansvar er det ingen gode grunner som taler for at Norge skal nekte en fusjon med et slikt selskap. I alle fall så lenge hjemstaten til det utenlandske selskap tillater en slik fusjon.

Det kan spørres om allmennaksjeloven § 13-25 første ledd annet punktum må tolkes så strengt som ordlyden gir uttrykk for. Forarbeidene gir lite hjelp. Det sies riktignok at "med dette menes at et allmennaksjeselskap kan fusjonere med et selskap i en annen EØS-stat som i struktur og i juridisk form er å likestille med et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap"⁷³. Ordlyden i § 13-25 tilsier imidlertid at det avgjørende er hvorvidt selskapet etter sin selskapslovgivning i "struktur og juridisk form" er likestilt med aksjeselskap og allmennaksjeselskap.

5.3 Skattemessig kontinuitet

5.3.1 Innledning

Skatteloven § 11-7 har overskriften "Rett og plikt til skattemessig kontinuitet". Skattemessig kontinuitet er et vesentlig vilkår for at en fusjon skal kunne gjennomføres skattefritt. Grunnen til dette er at skattemessig kontinuitet sikrer at skatteposisjoner videreføres uforandret. Kravet til skattemessig kontinuitet fungerer derfor som et slags motstykke til at fusjonen ikke utløser skattemessige virkninger i form av likvidasjons, uttaks-, utbytte, opphørs, eller realisasjonsbeskatning i det overdragende selskap, eller av aksjer i dette⁷⁴. Ved at fusjonen skjer med skattemessig kontinuitet har man altså en rett til å kreve at fusjonen ikke utløser skattemessige virkninger i form av realisasjonsbeskatning el. Samtidig er kravet til skattemessig kontinuitet også et vilkår for å kunne gjennomføre fusjonen skattefritt. Det foreligger således både en rett og en plikt til skattemessig kontinuitet⁷⁵.

⁷³ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) – Pkt. 17.1

⁷⁴ Zimmer/BAHR (2014) - s.646

⁷⁵ Zimmer/BAHR (2014) - s. 646.

Det følger derfor av skatteloven § 11-7 første ledd at det overtakende selskap skal "videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler rettigheter og forpliktelser" som overføres ved fusjonen. Skatteloven § 11-7 skal således sikre at de skattemessige forhold som gjaldt før fusjonen rent faktisk videreføres etter transaksjonen. Det oppstilles krav om konsistens i den skattemessige gjennomføringen av transaksjonen.

Også selskapsrettslig stilles det krav til kontinuitet. Dette ved at det stilles krav til eierkontinuitet. Kravet til eierkontinuitet har gitt seg utslag i regler om begrensningen til å gi tilleggsvederlag⁷⁶. Ved at minst 80 % av vederlaget må bestå i aksjer i det overtakende selskap sikrer man at eierkretsen er tilsvarende den samme før og etter fusjonen. Bakgrunnen for dette kravet er i første omgang å unngå omgåelser. Uten krav til eierkontinuitet ville transaksjoner som i prinsippet er kjøp/salg kunne blitt gjennomført som fusjon(/fisjon) for å unngå umiddelbar beskatning⁷⁷. Kravet til eierkontinuitet er altså basert på tanken om at det skal være tilnærmet samme eiere før og etter sammenslåingen. Dette skiller fusjonen fra et rent salg.

Eierkontinuitet må imidlertid holdes atskilt fra skattemessig kontinuitet etter skatteloven § 11-7. Også ved skattemessig kontinuitet kreves det riktignok kontinuitet på både eier- og selskapsnivå, men poenget her er at det er *skatteposisjonene* som må videreføres. For å oppnå skattemessig kontinuitet er det eksempelvis ikke et krav som sådan at selve eiendelene mv. videreføres. Det avgjørende for å oppnå skattemessig kontinuitet er at skatteposisjonene på eiendelene mv. videreføres.

Det skilles mellom skattemessig kontinuitet på selskapsnivå og aksjonærnivå.

5.3.2 Selskapsnivå

På selskapsnivå innebærer skattemessig kontinuitet at det overtakende selskap må videreføre de samme skattemessige verdier og ervervstidspunkt for overtatte eiendeler, rettigheter og forpliktelser jfr. skatteloven § 11-7 første ledd. Hvis det overdragende selskap eksempelvis eier et objekt, er det den skattemessige verdien (og ikke den reelle verdien) som må videreføres ved fusjonen. Videre følger det av skatteloven § 11-7 først ledd annet punktum at også "øvrige skatteposisjoner" skal overtas på samme måte. Med "øvrige skatteposisjoner" menes her skatteposisjoner som ikke er tilknyttet spesielle eiendeler. Dette gjelder eksempelvis negativ saldo, positiv saldo, negativ gevinst og tapskonto og fremførbart underskudd⁷⁸.

⁷⁶ Zimmer/BAHR (2014) - s. 639

⁷⁷ Zimmer/BAHR (2014) - s. 639

⁷⁸ Zimmer/BAHR (2014) - s. 650

5.3.3 Aksjonærnivå

På aksjonærnivå innebærer skattemessig kontinuitet at inngangsverdi og ervervstidspunkt for vederlagsaksjene settes lik inngangsverdi og ervervstidspunkt for de aksjer som er avstått i det overdragende selskap jfr. § 11-7 fjerde ledd. I motsetning til første ledd sies det ingenting om at også "øvrige skatteposisjoner" skal videreføres på aksjonærnivå. Det kan derfor stilles spørsmål rundt hvorvidt eksempelvis innbetalt aksjekapital, skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming skal videreføres på de nye aksjene. På den annen side er det antatt at bestemmelsen må tolkes utvidende til også å omfatte de ovennevnte skatteposisjonene. I teorien er det diskutert hvorvidt dette bygger på en utvidende tolkning av § 11-7 fjerde ledd eller om dette er ulovfestet rett⁷⁹. Dette blir imidlertid et teoretisk spørsmål. Realiteten er at også øvrige skatteposisjoner må videreføres for å oppnå skattemessig kontinuitet etter skatteloven § 11-7 fjerde ledd.

Som nevnt innledningsvis har skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå størst betydning når det er snakk om personlige aksjonærer. Etter innføringen av fritaksmetoden har eksempelvis ikke inngangsverdi på aksjene betydning for selskapsaksjonæren ettersom gevinsten ikke kommer til beskatning⁸⁰.

6 Skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner

6.1 Innledning

At kravet til skattemessig kontinuitet også gjelder for grenseoverskridende fusjoner følger av henvisningen i skatteloven § 11-11. Skatteloven § 11-7 kom imidlertid før vi fikk regler om grenseoverskridende fusjoner. Bestemmelsen er således ikke utformet med tanke på å være tilpasset de situasjonene hvor fusjonen skjer over landegrensene. Dette har vist seg å by på enkelte tolkningsproblemer. Avhandlingen vil i det videre redegjøre for hva som ligger i kravet til skattemessig kontinuitet, når fusjonen skjer med selskap på tvers av landegrensene. Ved grenseoverskridende fusjoner er kontinuitetsprinsippet viktig i forhold til vern av statenes skatteproveny. Som et klart utgangspunkt vil kravet til kontinuitet ha størst betydning i forhold til det overdragende selskap i fusjonen. Det overdragende selskap overfører sine eiendeler mv. til et selskap i et annet land. Det er således det overdragende selskaps hjemstat som har interesse i at eiendelene mv. ikke mister tilknytning til statens beskatningsområdet. For det overtakende selskap vil fusjonen i prinsippet kun innebære at det må foretas en kapitalforhøyelse. Kravet til skattemessig kontinuitet kan imidlertid også by på problemer for det overtakende selskapet. Når det norske selskapet er overtakende, kan eksempelvis det faktum at andre land har forskjellige regler for kontinuitet være en utfordring.

⁷⁹ Se Folkvord 2006 s. 219.

⁸⁰ Zimmer/BAHR (2014) – s. 647

For de grenseoverskridende fusjoner må vi altså skille mellom situasjonen hvor det norske selskapet er overdragende og hvor det norske selskapet er overtakende. I tillegg kan den situasjonen at to utenlandske selskap fusjonerer også få betydning for norske skatteformål. Eksempelvis ved at det utenlandske overdragende selskap har norske aksjonærer. Fremstillingen vil i det videre skille mellom disse tre situasjonene.

6.2 Norsk overdragende selskap

6.2.1 Innledning

Det følger av skatteloven §11-11 første ledd at et norsk overdragende selskap kan fusjonere skattefritt med et utenlandsk overtakende selskap. Bestemmelsene i §§ 11-6 til 11-10 gjelder tilsvarende jfr. tredje punktum. Dette innebærer at fusjonen må gjennomføres med skattemessig kontinuitet jfr. skatteloven § 11-7.

6.2.2 Selskapsnivå

Kravet til skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner skal som nevnt forsøke å sikre det norske skatteprovenyet når eiendeler mv. overføres til et utenlandsk selskap. Selv om formålet med reglene om grenseoverskridende fusjoner er å tilrettelegge for hensiktsmessige omorganiseringer på tvers av landegrensene, må man samtidig sørge for at dette skjer på en måte som sikrer det norske skattefundament. Fusjon med norsk overdragende selskap kan innebære at eiendelene mv. til det norske selskapet forsvinner ut av landet ettersom de nå overføres til et utenlandsk overtakende selskap. Forarbeidene nevner bl.a. det tilfellet at en virksomhets tilknyttede eiendeler mv. flyttes ut av Norge i forbindelse med fusjonen⁸¹. Hvis eiendeler mv. forsvinner ut av landet vil de miste sin tilknytning til Norge. Mister de sin tilknytning til Norge vil de ikke være gjenstand for beskatning her lenger. Skattefri fusjon i de grenseoverskridende tilfellene bygger derfor på en forutsetning om at eiendelene mv. forblir innenfor norsk beskatningsområdet også etter fusjonen. Dette skjer ved at eiendeler, rettigheter og forpliktelser forblir i Norge via en filial av det utenlandske overtakende selskap. Det overdragende selskapet oppløses og er ikke lenger eget rettssubjekt, men virksomheten i filialen vil være skattepliktig i Norge.

På den annen side er det ikke noe *vilkår* etter skatteloven § 11-11 at eiendelene mv. videreføres i en filial. De norske reglene skiller seg her fra reglene i fusjonsskattedirektivet. Det følger av direktivet at medlemsstatene kan sette som vilkår for skattefritak at eiendeler mv. i det overdragende selskap forblir i den aktuelle staten, og at skatteplikten der videreføres i et fast

⁸¹ Prop 78 L (2010-2011), pkt. 8.5.1.2

driftssted⁸². Løsningen etter norsk rett ligner således den som følger av fusjonsskattedirektivet, men reglene skiller seg ved at det ikke stilles et *krav* om videreføring av eiendeler mv.⁸³ Skatteloven § 11-11 åpner således for at eiendeler mv. i forbindelse med fusjonen kan flyttes ut av landet. Ved et slikt uttak vil eiendelene mv. miste sin tilknytning til norsk beskatningsområde, og en eventuell gevinst knyttet til eiendelene mv. vil således ikke være gjenstand for realisasjonsbeskatning i Norge. For å sikre norsk skatteproveny valgte man derfor å innføre skatteloven § 11-11 tredje ledd. Etter skatteloven § 11-11 tredje ledd vil eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområdet bli skattlagt etter reglene om uttak av eiendeler i skatteloven §§ 9-14 og 14-27.

Eventuelle uttak av eiendeler mv. vil ikke medføre at hele fusjonen som sådan blir skattepliktig. I alle fall slik reglene er etter norsk internrett. Her anses den grenseoverskridende fusjonen og eventuelt uttak fra norsk beskatningsområde som to separate transaksjoner⁸⁴. Dette innebærer at fusjonen kan gjennomføres skattefritt som sådan, selv om det foretas helt eller delvis uttak av eiendeler, rettigheter eller forpliktelser. Uttaket skal regnes som skattepliktig realisasjon, men får ingen direkte påvirkning på fusjonens rettsvirkning eller gyldighet.

Spørsmålet er imidlertid hvordan man skal tolke kravet til kontinuitet i de tilfellene hvor eiendeler mv. mister tilknytning til norsk beskatningsområde. Henvisningen til skatteloven § 11-7 innebærer at det som utgangspunkt skal legges til grunn samme kontinuitetskrav som for nasjonale fusjoner. At dette også har vært tilsiktet følger av forarbeidene⁸⁵: "Reglene i skatteloven kapittel 11 forutsetter at det ved gjennomføringen av en skattefri fusjon mellom selskaper hjemmehørende i Norge er full skattemessig kontinuitet på både selskaps- og eiernivå jf. Skatteloven § 11-7. Departementet foreslår at det samme prinsippet legges til grunn ved grenseoverskridende fusjoner".

Så lenge eiendelene mv. blir videreført i en filial av det overtakende selskap vil ikke dette være problematisk. Eiendelene mv. som forblir i Norge via filial videreføres med skattemessige verdier, ervervstidspunkt og øvrige skatteposisjoner jfr. skatteloven § 11-7. Skal man tolke skatteloven § 11-7 på ordet, innebærer imidlertid kontinuitetskravet at dette også må gjelde for de eiendelene mv. som flyttes ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med fusjonen. Skatteloven § 11-11 må i så fall forstås på den måten at den tillater uttak av eiende-

⁸² Prop. 78 L (2010-2011), pkt. 8.5.1.2

⁸³ Man kan imidlertid si at videreføring i filial er et "krav" for å oppnå skattefritak på eiendelene mv. Når det i det videre brukes "kravet til filial" menes derfor krav for å oppnå skattefritak på eiendelene mv, ikke et krav/vilkår om at alle eiendeler mv. videreføres i filial.

⁸⁴ Thorvaldsen/Bjørken – Grenseoverskridende fusjoner, del II

⁸⁵ Prop 78 L (2010-2011) - pkt. 8.5.1.1.

ler mv. i forbindelse med fusjon, men at det samtidig kreves "full kontinuitet" på de eiendelene mv. som tas ut. En slik forståelse vil imidlertid sette en effektiv stopper for skattefrie fusjoner over landegrensene.

Hvis man skal forstå henvisningen til skatteloven § 11-7 som et kontinuitetskrav lik det som følger for nasjonale fusjoner, innebærer dette at den annen stat må videreføre norske skatteposisjoner på eiendelene mv. Det er heller tvilsomt at den andre stat vil akseptere slik videreføring. Dette er på samme måte som at eiendeler mv. som flyttes inn til Norge ikke vil videreføres med de skatteposisjoner eiendelene hadde i utlandet. Norge har egne regler for fastsettelse av eiendeler mv. som bringes inn til norsk beskatningsområdet jfr. skatteloven § 14-60 flg. Det er et klart utgangspunkt at skattemessig behandling av eiendeler mv. som tas inn til den annen stats beskatningsområde reguleres av denne stats rett⁸⁶. Når den annen stat ikke aksepterer videreføring av de norske skatteposisjonene på disse eiendelene, innebærer dette i utgangspunktet at kravet til skattemessig kontinuitet ikke er oppfylt. Fusjonen kan således ikke gjennomføres uten beskatning.

Et annet eksempel er dersom det norske selskapet har filial i det overtakende selskaps stat før fusjonen. Denne filialen vil i utgangspunktet være skattepliktig i filialstaten, og derfor ikke interessant for norske skatteformål. Riktignok er hovedregelen at virksomheter skal skattlegges i hjemstaten jfr. globalinntektsprinsippet, men for filialer/faste driftssteder gjør skatteavtalene unntak. Dette følger eksempelvis av Mønsteravtalen art. 7 at inntekter og utgifter fra "fast driftssted" ("permanent establishment") skal skattlegges i kildestaten⁸⁷. Hva som ligger i "fast driftssted" reiser en rekke spørsmål. Det forutsettes i det følgende at filialen tilfredsstiller kravet til "fast driftssted".

Det må etter dette legges til grunn at det norske selskapets filial skattlegges for inntekter og utgifter i kildestaten (i dette tilfellet det overtakende selskaps hjemstat). Forutsatt at skatteavtalen bygger på kreditmetoden⁸⁸, vil det så gis kredit for den skatt som er betalt i filialstaten. På den annen side sikrer ikke nødvendighetsreglene etter mønsteravtalen art. 7 at fortjenesten i driftsstatsstaten og hjemstaten blir den samme. Etter skatteloven § 2-2 sjette ledd skal filialens inntekter og utgifter tas med ved inntektsberegningen i Norge. Dette innebærer at de alminnelig norske reglene skal gjelde for slik inntekt, eksempelvis avskrivningsregler⁸⁹. Begge statene kan således være enige om allokeringen av fortjenesten i det faste

⁸⁶ Utv.2011.1216 - pkt. 3.1

⁸⁷ Art. 7 går visst nok igjen i alle skatteavtaler Norge er par i jfr. Zimmer, Internasjonal skatterett s. 168

⁸⁸ Er skatteavtalen bygd på unntaksmetoden vil det jo uansett ikke være snakk om skattlegging i Norge

⁸⁹ Zimmer, Internasjonal skatterett (2009) s. 189

driftsstedet, men ulikheter i statenes internrett (slik som avskrivningsregler) kan gjøre at den faktiske skattleggingen blir forskjellig.

Poenget i denne sammenheng er nettopp det faktum at de alminnelige norske regler også gjelder ved beregningen av filialens inntekter og utgifter. Driftsmidler knyttet til filialen skal eksempelvis avskrives etter norske regler. For å oppnå kravet til full kontinuitet etter skatteloven § 11-7 kreves det derfor i utgangspunkt at det overtakende selskap viderefører disse norske skatteposisjonene. Som nevnt over ligger det i dagen at den annen stat ikke vil akseptere dette, og kravet til full kontinuitet ville således umuliggjort en skattefri fusjon.

På bakgrunn av uklarhetene knyttet til kontinuitet ved de grenseoverskridende tilfellene fant Finansdepartementet det hensiktsmessig å komme med en uttalelse om hva som nærmere ligger i kontinuitetskravet etter § 11-11⁹⁰. I uttalelsen vises det til utgangspunktet i forarbeidene om at kravet til skattemessig kontinuitet også gjelder grenseoverskridende fusjoner. Det presiseres imidlertid at dette kravet ikke "fullt ut" kan overføres til overtakende utenlandsk selskap ved grenseoverskridende fusjoner⁹¹. Kravet må forstås slik at skattemessig kontinuitet "er knyttet til overføring av eiendeler mv. *som befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen, og som da forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen*"⁹² (min utheving).

Kontinuitetskravet kan etter dette ikke tolkes like strengt for de grenseoverskridende tilfellene. Hvis det norske overdragende selskap har filial i det overtakende selskaps stat før fusjonen, kan det således ikke være et vilkår for skattefritak at norske skatteposisjoner på filialen videreføres etter fusjonen. Filialens eiendeler mv. vil ikke "forbli innenfor norsk beskatningsområde" etter fusjonen, og det kan derfor ikke kreves at skatteposisjonene på eiendelene mv. videreføres med skattemessig kontinuitet. På samme måte vil heller ikke kravet til kontinuitet innebære at det overtakende selskap må overta skatteposisjoner på eiendeler mv. som i forbindelse med fusjonen tas ut av norsk beskatningsområde. Kravet til skattemessig kontinuitet for grenseoverskridende fusjoner er etter dette begrenset til eiendeler mv. som forblir i Norge også etter fusjonen.

Som nevnt innledningsvis er det usikkert hvorvidt uttalelser fra Finansdepartementet kan sies å være en relevant rettskilde og om det derfor kan tillegges vekt ved tolkningen av kontinuitetskravet for de grenseoverskridende fusjonene. Basert på ordlyden og forarbeidene i skatteloven § 11-7 tilsier kravet til kontinuitet at skatteposisjoner også må videreføres på de eiende-

⁹⁰ Utv.2011.1216

⁹¹ Utv.2011.1216 – Pkt. 3.1

⁹² Utv.2011.1216 – Pkt. 3.1

lene mv. som i forbindelse med en fusjon mister tilknytning til norsk beskatningsområde. På den annen side må det legges til grunn at et slikt krav ikke har vært tilsiktet fra lovgiver. Formålet bak reglene er å gjøre adgangen til grenseoverskridende fusjoner lettere, men samtidig sørge for at det norske skatteprovenyet blir ivaretatt. Et krav til kontinuitet på de eiendelene mv. som tas ut av norsk beskatningsområde, vil ikke være med å sikre det norske skatteproveny så lenge eiendelene mv. blir skattlagt etter reglene om uttaksbeskatning i skatteloven §§ 9-14 og 14-27. Et krav til full kontinuitet vanskeliggjør skattefrie fusjoner for en rekke tilfeller jfr. eksemplene over. Også formålsbetraktninger tilsier derfor at kravet til kontinuitet må knytte seg til eiendeler mv. som forblir innenfor norsk beskatningsområde. Dette innskrenker ordlyden, men utvider mulighetene for hensiktsmessige, skattefrie fusjoner over landegrensene.

6.2.2.1 Filial i tredje stat

Et annet problem som kan oppstå er der dersom det norske overdragende selskap har filial i en tredje stat. På bakgrunn av at Norges posisjon som EØS-stat kan filialen bli gjenstand for dobbeltbeskatning. Vi tenker oss et eksempel hvor et norsk overdragende selskap fusjonerer med et utenlandsk overtakende selskap, og det norske selskapet har en filial i en tredje stat (altså ikke i den staten hvor overtakende selskap er hjemmehørende). Filialen vil for det første bli gjenstand for uttaksbeskatning etter skatteloven § 9-14 ettersom den overføres til det utenlandske selskapet. Dette ble slått fast i en bindende forhåndsuttalelse fra 2012⁹³. Riktignok gjaldt saken her en norsk filial i Sverige, hvor man ønsket å omdanne filialen til et datterselskap av det norske selskapet. Poenget var imidlertid at når filialen ble overført til et nytt skattesubjekt, måtte man legge til grunn at eiendelene mv. hadde blitt "tatt ut" av norsk beskatningsområde. Den alminnelige skatteplikten til Norge ville opphøre. De samme synspunkt gjør seg gjeldende ved en fusjon, og filialen vil således skattlegges etter skatteloven § 9-14.

Problemet er imidlertid at filialen etter all sannsynlighet også blir gjenstand for beskatning i filialstaten. For det første utløser en fusjon som sådan en realisasjon idet eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras til nytt rettssubjekt⁹⁴. Filialstaten vil derfor skattlegge filialen for realisasjon i forbindelse med fusjonen. For det andre kan det tenkes at filialen i forbindelse med fusjonen flytter eiendeler mv. til det overtakende selskap. Eiendelene mv. vil i et slikt tilfelle bli gjenstand for uttaksbeskatning i filialstaten. På den måten ser vi at filialen kan bli skattlagt to ganger i filialstaten. Filialen vil etter dette kunne bli gjenstand for uttaksbeskatning i Norge, samt uttaks- og/eller realisasjonsbeskatning i filialstaten.

⁹³ BFU 8/12

⁹⁴ Thorvaldsen/Bjørken – Grenseoverskridende fusjon, del I.

I EU er dette regulert i fusjonsskattedirektivet. Etter art. 10 kreves det at filialstaten gir avkall på beskatningsretten: Når det i forbindelse med fusjon er et fast driftssted som tilhører det overdragende selskap, heter det at "the Member State of the transferring company shall renounce any right to tax the permanent establishment". Et alternativ kunne vært at Norge innførte tilsvarende regler, men som nevnt plikter ikke landene å gjøre fusjonsskattedirektivet gjeldende for Norge. Når et norsk overdragende selskap med filial i en annen EU-stat ønsker å fusjonere over landegrensene, vil altså ikke art. 10 komme til anvendelse med mindre denne staten også har gjort fusjonsskattedirektivet gjeldende for Norge. At Norge skulle innført tilsvarende regler ville derfor vært dårlig sikring av det norske skatteprovenyet. Problemet anses uløst, og norske filialer i utlandet kan i forbindelse med grenseoverskridende fusjoner derfor bli gjenstand for dobbeltbeskatning. Problemet er berørt i høringsuttalelsen, men ikke nærmere kommentert i forarbeidene⁹⁵.

6.2.2.2 *Nærmere om uttaksbeskatning etter skatteloven § 9-14*

Det følger av det ovennevnte at eiendeler mv. som mister tilknytning til norsk beskatningsområde, skattlegges etter reglene om uttaksbeskatning i § 9-14. Over så vi et eksempel på at statene kan være enige om allokeringen, men hvor statenes internrett kan gjøre skattleggingen forskjellig. På den annen side kan man også være uenige om selve allokeringen. Ettersom fusjonen og et eventuelt uttak etter norsk rett skal anses som to separate transaksjoner jfr. over, vil ikke dette i utgangspunktet ha direkte påvirkning på kontinuitetskravet. På den annen side er det en praktisk utfordring som kan gjøre at en ellers hensiktsmessig fusjon stoppes av at landene ikke blir enige om allokeringen. Hovedkontor og filial skal anses som samme subjekt både privatrettslig og skatterettslig. Det kan derfor være vanskelig å avgjøre hvilke eiendeler som er i behold i norsk beskatningsområde i forbindelse med uttak⁹⁶. Videre kan det være problematisk å knytte skatteposisjoner til konkrete eiendeler. Det kan eksempelvis oppstå tvist om hvor mye opparbeidet goodwill som skal fordeles på ulike eiendeler⁹⁷. Hører goodwillen til den eiendelen som tas ut i forbindelse med fusjonen, eller tilhører goodwillen eiendelen som forblir innenfor norsk beskatningsområde via filial? Skatteavtalen mellom landene kan tenkes å gi svar på slike allokeringsspørsmål, men dette er ikke nødvendigvis sikkert. Poenget er at reglene om uttaksbeskatning kan bli problematisk selv om de ikke påvirker fusjonens gyldighet som sådan.

6.2.3 *Aksjonærnivå*

Etter skatteloven § 11-7 fjerde ledd må inngangsverdi og ervervstidspunkt for vederlagsaksjene settes lik de aksjene som er avstått. Som nevnt over gjelder dette også øvrige skatteposi-

⁹⁵ Høringsuttalelsen side 10.

⁹⁶ Gjems-Onstad/Furuseth, Praktisk internasjonal skatterett og internprising – Kap 10.1.2.

⁹⁷ Gjems-Onstad/Furuseth, Praktisk internasjonal skatterett og internprising – Kap. 9.2

sjoner som innbetalt kapital, skjermingsgrunnlag osv. Det må altså foreligge kontinuitet på skatteposisjonene for at fusjonen ikke skal medføre realisasjon og skatteplikt på aksjene.

I utgangspunktet byr ikke kravet til skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå særlig problemer i tilfellet hvor et norsk overdragende selskap fusjonerer med et utenlandsk overtakende selskap. I realiteten får bare aksjonærene aksjer i det overtakende selskap, pluss et mulig tilleggsvederlag. I praksis kan det bli enkelte problemer dersom antallet aksjer før og etter fusjonen er forskjellig. Inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskap må i så fall omfordeles på vederlagsaksjene⁹⁸, men dette er uten betydning for kontinuitetskravet⁹⁹.

6.2.3.1 Utenlandske aksjonærer

Det kan reises spørsmål om kravet til kontinuitet på aksjonærnivå gjelder for eventuelle utenlandske aksjonærer i det norske overdragende selskap. Ordlyden i verken skatteloven §11-11 eller §11-7 gir et klart svar. Etter de nevnte bestemmelser gis det kun et generelt krav til kontinuitet på aksjonærnivå. Ordlyden trekker muligens i retning av at kravet til kontinuitet også gjelder for eventuelle utenlandske aksjonærer. Et slikt syn støttes også av uttalelsene i forarbeidene; reglene i skatteloven kapittel 11 forutsetter "full skattemessig kontinuitet på både selskaps og eiernivå"¹⁰⁰. På selskapsnivå presiseres det i tolkningsuttalelsen at kontinuitet gjelder "eiendeler mv. som befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen og som forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen". På aksjonærnivå sies det bare at "skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå gjennomføres etter skatteloven § 11-7 fjerde ledd".

Dette trekker i retning av at kravet til kontinuitet også gjelder for utenlandske aksjonærer i det norske selskapet. Når det norske selskapet er overdragende kan man imidlertid spørre om et slikt krav er vel begrunnet. Før fusjonen ville de utenlandske aksjonærene kun vært skattepliktig til Norge for aksjeutbytte. Aksjegevinst skattlegges som hovedregel i hjemstaten til den utenlandske aksjonæren. Hvorvidt inngangsverdi og ervervstidspunkt på aksjene til en utenlandsk aksjonær videreføres ved fusjonen er således uten betydning for norske skatteformål. Riktignok er aksjeutbytte skattepliktig til Norge for utenlandske aksjonærer jfr. skatteloven § 2-3 første ledd litra c, men for det første vil ikke skjermingsfradrag være aktuelt for utenlandske aksjonærer. Skjermingsfradrag tilkommer kun personer med "alminnelig skatteplikt til Norge" jfr. skatteloven § 10-12 første ledd første punktum. Videre vil ikke aksjeutbytte være relevant for norske skatteformål etter fusjonen. Etter fusjonen vil utbytte deles ut fra et utenlandsk selskap. Begrunnelsen bak kravet til kontinuitet på aksjonærnivå er jo at man

⁹⁸ Zimmer/BAHR (2014) s. 647.

⁹⁹ Eksempelvis at aksjonær med 10 aksjer a 10 i overdragende selskap i stedet får 5 aksjer a 20 i det overtakende. Det vil fortsatt være skattemessig kontinuitet så lenge inngangsverdi mv. videreføres.

¹⁰⁰ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 8.5.1.1.

ikke skal få fordeler ved at man i forbindelse med fusjon slipper skattlegging. Hadde man ikke krevd videreføringen av eksempelvis inngangsverdi på aksjene, ville man satt nye inngangsverdier ved fusjonen. Hadde man satt en høyere inngangsverdi ville man betalt mindre skatt når aksjene senere selges med gevinst. Disse synspunktene gjør seg ikke gjeldende når aksjonærene er utenlandske.

Det fremstår etter dette som uklart hvorvidt kravet til full kontinuitet på aksjonærnivå også gjelder for utenlandske aksjonærer i det norske overdragende selskapet. Ordlyden trekker i retning av kontinuitetskravet gjelder for alle aksjonærene. For norske skatteformål vil det imidlertid være tilstrekkelig å begrense kontinuitetskravet til norske aksjonærer. Videre må man anta at hjemstaten til de utenlandske aksjonærene uansett har interesse i at skatteposisjoner på aksjonærnivå videreføres. Dette på samme måte som at det er et krav til videreføring av skatteposisjoner for norske aksjonærer når to utenlandske selskap fusjonerer¹⁰¹. Det er således nærliggende å anta et krav til skattemessig kontinuitet for utenlandske aksjonærer uansett vil følge av disse aksjonærenes hjemstat. Slik sett vil ikke kravet til kontinuitet for utenlandske aksjonærer nødvendigvis være vanskelig å oppfylle, men for norske skatteformål vil kravet likevel være unødvendig. Videre kan det tenkes at den andre stat har andre regler om kontinuitet på aksjonærnivå. I så fall kan det bli problematisk om de utenlandske aksjonærene må tilfredsstille kravene til kontinuitet i både Norge og den andre stat.

6.3 Norsk overtakende selskap

6.3.1 Innledning

En fusjon mellom norsk overtakende og utenlandsk overdragende selskap kan gjennomføres skattefritt etter skatteloven § 11-11 sjette ledd. I utgangspunktet vil ikke en fusjon med norsk overtakende selskap og utenlandsk overdragende selskap utløse skatteplikt for det norske selskapet eller aksjonærer i det norske selskapet¹⁰². Kravet til skattemessig kontinuitet gjør seg derfor ikke like gjeldende i situasjoner hvor det norske selskapet er overtakende. På den annen side innebærer i utgangspunktet henvisningen til skatteloven § 11-7 at det også kreves full kontinuitet her. Det følger imidlertid av tolkningsuttalelsen at skattefritak ved norsk overtakende selskap "gjennomføres på samme kontinuitetsvilkår som for fusjoner med norsk overdragende selskap"¹⁰³. Dette innebærer at kravet til kontinuitet kun gjelder de skatteposisjoner som befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen. I prinsippet gjelder dette to tilfeller: Det utenlandske selskapet har filial i Norge før fusjonen, eller det utenlandske selskapet har norske aksjonærer¹⁰⁴.

¹⁰¹ Se nærmere om dette i pkt. 6.4

¹⁰² Utv.2011.1216 – pkt. 3.2

¹⁰³ Utv.2011.1216 - pkt. 3.2

¹⁰⁴ Med norske aksjonærer menes her aksjonærer med skatteplikt til Norge

6.3.2 Selskapsnivå

Dersom det utenlandske selskap har filial i Norge før fusjonen, vil denne filialen som den klare hovedregel være skattepliktig til Norge jfr. skatteloven § 2-3 første ledd bokstav a¹⁰⁵. Det utenlandske selskaps filial i Norge, som før fusjonen var underlagt et utenlandsk selskap, vil etter fusjonen være underlagt et norsk selskap. Filialen vil således være innenfor norsk beskatningsområde både før og etter fusjonen. Skattefritak forutsetter derfor at skatteposisjoner på eiendeler mv. i filialen videreføres i det norske overtakende selskap jfr. skatteloven § 11-7.

På samme måte som at eiendeler kan forsvinne fra norsk beskatningsområde når det norske selskapet er overdragende, kan det tenkes at eiendeler mv. tas inn i norsk beskatningsområde når det norske selskapet er overtakende. Eiendeler mv. som tas inn til Norge i forbindelse med fusjonen har imidlertid ikke skatteposisjoner som eksisterer for norske formål før fusjonen. Det kreves derfor ikke at skatteposisjoner på disse eiendelene videreføres med kontinuitet. Departementet uttaler at "det oppstår derfor ingen konflikt mellom på den ene siden regler om fastsetting av skattemessig verdi for eiendeler, rettigheter og forpliktelser og på den andre siden prinsippet om skattemessig kontinuitet"¹⁰⁶. Dette innebærer at skattemessig verdi på eiendeler, rettigheter eller forpliktelser som tas inn til Norge i forbindelse med fusjonen fastsettes etter alminnelige regler jfr. skatteloven § 14-60 flg.

6.3.3 Aksjonærnivå

For kontinuitet på aksjonærnivå vil de samme synspunkt gjøre seg gjeldende. Henvisningen til skatteloven § 11-7 innebærer i utgangspunktet full kontinuitet på aksjonærnivå, men også her er det en forutsetning at skatteposisjonen befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen. Kravet til kontinuitet på aksjonærnivå gjelder således kun for eventuelle norske aksjonærer i det utenlandske selskap. Utenlandske aksjonærer er ikke relevant for norske skatteformål når det norske selskapet er overtakende. Kravet til kontinuitet for norske skatteformål er således sikret gjennom skatteloven § 11-7 "som er bestemmende for eventuelle aksjonærer i det overdragende selskap med skatteplikt til Norge [...]"¹⁰⁷.

6.3.4 Kontinuitetsvilkåret i det overdragende selskaps hjemstat

I tilfeller med norsk overtakende selskap kreves det imidlertid mer: "Transaksjonen må gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende" jfr. skatteloven § 11-11 sjette ledd, annet punktum. Formu-

¹⁰⁵ Også her under forutsetning at skatteavtalen med filialstaten bygger på kreditmetoden.

¹⁰⁶ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt.8.5.2

¹⁰⁷ Utv.2011.1216 – Pkt. 3.2

lering må sies å være upresis. Det fremstår som uklart hva som ligger i dette. I tolkningsuttalelsen heter det at kravet til kontinuitet i utlandet skal sikre at "transaksjonen gjennomføres som en "reell fusjon"¹⁰⁸. Basert på dette synes det å foreligge et krav om at det utenlandske overdragende selskaps hjemstat i alle fall må ha regler om skattemessig kontinuitet, og at disse reglene må følges¹⁰⁹. På bakgrunn av ordlyden kan det imidlertid ikke kreves at kontinuitetsreglene er helt identiske med de norske jfr. "*i samsvar med prinsipper*" for skattemessig kontinuitet.

I utgangspunktet må et slikt krav anses å være uten betydning for norske skatteformål. Der som selskapet faktisk skulle ha norske aksjonærer eller filial i Norge vil uansett skatteloven § 11-7 sikre kontinuitet på skatteposisjoner som er interessante for norske skatteformål. I tillegg trekker ordlyden i retning av at kravet til kontinuitet i utlandet gjelder uavhengig av om selskapet hadde filial i Norge før fusjonen eller om selskapet har norske aksjonærer. I så fall er det i alle fall vanskelig å se begrunnelsen for et slikt krav.

I praksis vil kravet til kontinuitet i utlandet innebære at norske skattemyndigheter må sette seg inn skattereglene i det andre landet, og i tillegg ta stilling til om reglene er fulgt¹¹⁰. Fusjoner kan skje med selskap i en rekke land, og regelverket i disse landene kan være på en en rekke forskjellige språk. Det ligger i dagen at det i så fall vil være vanskelig med en effektiv håndheving. Igjen får også Norges status som EØS-stat betydning. Som nevnt er ikke fusjonsskattedirektivet bindende for Norge, og andre stater plikter ikke i henhold til direktivet å tillate skattefrie fusjoner med Norge. Dette innebærer at de fleste stater heller ikke har kontinuitetsregler som gjelder der det norske selskapet er overtakende. Som vi har sett åpner eksempelvis ikke Danmark og England for skattefrie fusjoner med Norge. Adgangen til å gjennomføre grenseoverskridende fusjoner skattefritt når det norske selskap er overtakende blir derfor i praksis snevret inn som følge av dette kravet¹¹¹. Konsekvensen er at det blir "lettere" å fusjonere over landegrensene når det norske selskapet er overdragende. Dette kan gi incitamenter for at norske selskap flytter ut av landegrensene, i stedet for at utenlandske selskap flytter inn til Norge¹¹². Samfunnsøkonomisk må dette sies å være en uheldig virkning.

Man kan derfor reise spørsmål om det i det hele tatt er bruk for et slikt krav. Skatteloven § 11-7 vil sikre at skatteposisjoner som var relevant for Norge før fusjonen videreføres med skattemessig kontinuitet. Slik jeg ser det, kan derfor ikke kravet begrunnes ut fra vern av norsk

¹⁰⁸ Utv.2011.1216 – pkt. 3.2

¹⁰⁹ Den samme forståelse legges til grunn av Zimmer – Zimmer/BAHR (2014) - s. 656.

¹¹⁰ Gjems-Onstad – Nye regler om skattefrie omorganisering, pkt. 6.6

¹¹¹ Zimmer/BAHR (2014) – Side 657

¹¹² Gjems-Onstad illustrerer et lignende poeng i Nye regler om skattefrie omorganisering – Pkt. 6.6

skatteproveny. Også når det gjelder fusjon mellom to utenlandske selskap¹¹³ er det et krav at fusjonen skjer "i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet" i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende jfr. skatteloven § 11-11 femte ledd. For skattefritak for eventuelle norske aksjonærer i et sådan tilfelle ble det reist spørsmål om man i alle fall trengte et krav til kontinuitet på selskapsnivå i utlandet. Advokatforeningen uttaler at det er unødvendig å stille et krav til kontinuitet i det landet fusjonen gjennomføres så lenge de norske aksjonærene viderefører skattemessig kontinuitet på sine aksjer¹¹⁴. Synspunktet fikk ikke gjennomslag, og departementet begrunner dette med at; "dersom det lempes på kravet til skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, vil det innebære et brudd på kontinuitetsprinsippet som et bærende vilkår for skattefritak"¹¹⁵. Begrunnelsen for kravet til utlandet synes således ikke å bygge på vern av norsk skatteproveny, men heller en generell tanke om at fusjoner må gjennomføres med kontinuitet for at de skal være skattefrie. Hvorvidt dette veier tyngre enn konsekvensene må anses som tvilsomt.

6.3.5 Gjensidighetsvilkår

Gjems-Onstad har gått til ordet for at det burde vært innført en betingelse om gjensidighet i kontinuitetsreglene etter skatteloven § 11-11: "Reglene anvendes bare når de overtagende selskaper er hjemmehørende i land som gir tilsvarende skattelempe hvis norske selskaper er de overtagende"¹¹⁶. Jeg er enig i at et slik vilkår om gjensidighet i kontinuitetsreglene synes å være hensiktsmessig. Riktignok kunne man tenkes å tolke kravet til kontinuitet i utlandet som et gjensidighetsvilkår, men dette er i beste fall uklart, og burde i så fall vært presisert i forarbeider eller etterfølgende uttalelser. Videre ville det hatt praktisk liten betydning om man kun har et gjensidighetsvilkår når det norske selskapet er overtakende. Det er kun unntaksvis fusjon med norsk overtakende selskap har betydning for norske skatteformål. Et generelt krav til gjensidighet i kontinuitetsreglene ville for det første vært vesentlig lettere å forholde seg til. Som nevnt over er det vanskelig å se hva som ligger i dette kravet til kontinuitet i utlandet, og like vanskelig er det å se begrunnelsen bak kravet. Videre vil et krav til gjensidighet kunne medført at andre land blir presset til åpne for fusjoner med norske selskap. Dette kan illustreres ved å se problemet fra EU-landenes ståsted. Norge må riktignok tilpasse seg sin situasjon som EØS-stat, men det kan også stilles spørsmålsteget rundt hvorvidt det å ikke tillate grenseoverskridende fusjoner med selskap hjemmehørende i EØS kan være traktatstridende.

¹¹³ Se nærmere om dette i pkt. 6.4

¹¹⁴ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 8.5.5.1

¹¹⁵ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 8.5.5.1

¹¹⁶ Gjems-Onstad – Nye regler om skattefri omorganisering – Pkt. 6.6

I A Oy-saken¹¹⁷ var saksforholdet at et finsk selskap ønsket å gjennomføre et aksjebytte med et norsk selskap. Aksjebytte ("exchange of shares") er definert i fusjonsskattedirektivets art. 2 bokstav e, og er en av de transaksjonene som kan gjennomføres skattefritt i henhold til direktivet. Problemet i saken var at transaksjonen skjedde mot et EFTA-land. Finske myndigheter anførte at direktivet ikke kunne anvendes ved transaksjoner med EFTA-land, og at aksjebytte derfor måtte skattlegges. ECJ kom imidlertid til at det forelå en forskjellsbehandling når en slik transaksjon kunne foretas skattefritt mellom finske selskaper, eller finsk selskap og selskap hjemmehørende i annet EU-land¹¹⁸.

Det interessante i denne sammenheng er at beskatningen ble ansett å være i strid med etableringsfriheten i EØS-avtalens art. 31¹¹⁹. Videre kunne ikke denne restriksjonen begrunnes ut fra hensynet til finske myndigheters mulighet for en effektiv skattekontroll. Særlig gjaldt dette fordi Norge og Finland hadde en avtale om gjensidig administrativ bistand på skatteområdet.

Sett i lys av A Oy-saken kan det derfor tenkes at Danmarks og andre EU-lands begrensning ved ikke åpne for EØS-land er i strid med etableringsretten i EØS-avtalen art. 31¹²⁰. Spørsmålet kan imidlertid ikke besvares generelt. Som nevnt blir dette en vurdering av hvorvidt begrensningen er en restriksjon av de fire friheter, og hvorvidt denne kan begrunnes ut fra allmenne hensyn. I A Oy var det et vesentlig poeng at finsk skatteproveny ble sikret gjennom avtalen om administrativ bistand på området. Mellom land som ikke har slik avtale kan en restriksjon muligens være mer velbegrunnet.

Det nevnes at det i forbindelse med dansk høringsrunde ble vurdert hvorvidt nettopp det å avgrense direktivets anvendelsesområdet til EU-land kunne tenkes å være i strid med EØS-avtalen art. 31¹²¹. Danske myndigheter konkluderte med at EFTA-stater ikke kan påberope seg fusjonsskattedirektivets bestemmelser, da direktivet forutsetter en "gjensidighet mellom en stats rettigheter og plikter"¹²². Ved å gjøre gjeldende direktivet for EFTA-stater ville dette medført at EFTA-statene fikk en rettighet, men uten at de trengte å forplikte seg til å gjøre direktivet gjeldende for Danmark.

På bakgrunn av dette kan det derfor tenkes at det er i strid med den frie etableringsrett når EU-land begrenser fusjonsskattedirektivets anvendelsesområde til kun å gjelde for medlems-

¹¹⁷ Sak C-48/11 A Oy

¹¹⁸ Sak C-48/11 – Premiss 39.

¹¹⁹ Sak C-48/11 – Premiss 28 og 29.

¹²⁰ Se Gjems-Onstad/Folkvord – Aktuell Bedriftsbeskatning s. 40.

¹²¹ Gjems-Onstad/Folkvord – Aktuell Bedriftsbeskatning side. 39.

¹²² Gjems-Onstad/Folkvord – Aktuell Bedriftsbeskatning side. 39.

land. På den annen side kan ikke slås fast på generelt grunnlag, og et gjensidighetsvilkår som foreslått av Gjems-Onstad vil derfor fortsatt fremstå som hensiktsmessig. Samtidig vil et slikt gjensidighetsvilkår medføre at det blir vanskeligere for EU-land å begrunne en eventuell begrensning. Hvis de norske reglene kun får anvendelse når de overtakende selskaper er hjemmehørende i land som gir tilsvarende skattelempe som når norske selskaper er de overtakende, vil det lettere bli en gjensidighet mellom Norge sine rettigheter og Norge sine forpliktelser (slik den danske begrunnelse for ikke å omfatte EØS-land var basert på).

6.4 Fusjon mellom selskap hjemmehørende i utlandet

6.4.1 Innledning

Skatteloven § 11-11 femte ledd åpner for at en fusjon mellom to utenlandske selskap kan gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene når den skjer med skattemessig kontinuitet. For norske skatteformål får dette betydning dersom det overdragende selskap har filial i Norge eller norske aksjonærer. Også her stilles det et dobbeltkrav til kontinuitet. Fusjonen må for det første gjennomføres i "samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende" og "etter de prinsipper som følger av skatteloven § 11-7" jfr. skatteloven § 11-11 femte ledd første punktum.

Etter skatteloven § 11-11 femte ledd er det ikke noe krav til at selskapene som fusjonerer er hjemmehørende innenfor EØS, men §11-11 syvende ledd gjelder tilsvarende også i slike situasjoner. Dette innebærer at fusjonen ikke kan gjennomføres skattefritt med selskap hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS. Videre kan ikke selskapene være hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS med mindre de er "reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet" der jfr. skatteloven § 11-11 syvende ledd.

6.4.2 Selskapsnivå

Kravet til at fusjonen må gjennomføres etter de prinsipper som følger av skatteloven § 11-7 innebærer at eiendeler mv. som hadde tilknytning til Norge før fusjonen må videreføres med samme inngangsverdi, ervervstidspunkt samt øvrige skatteposisjoner. Dette blir i utgangspunktet kun relevant dersom filialen tilhører det overdragende selskap i fusjonen. For norske skatteformål vil det ikke få noen betydning når et selskap med filial i Norge er overtakende i en fusjon med annet utenlandsk selskap. I et slikt tilfelle vil den norske filialen fortsatt være filial av det overtakende selskap etter fusjonen. For et utenlandsk overdragende selskap medfører imidlertid fusjonen at selskapet skal anses opphørt. Eiendeler mv. av det overdragende selskapet som er tilknyttet norsk beskatningsområde vil derfor anses realisert ved fusjonen. Dette innebærer videre at eventuell gevinst på eiendeler mv. vil være skattepliktig til Norge. For at skatteplikt ikke skal inntre kreves det derfor at skatteposisjonene videreføres uforandret. Dette innebærer at eiendeler mv. i filialen må videreføres med skattemessig verdi, er-

vervstidspunkt og øvrige skatteposisjoner jfr. skatteloven § 11-7. Eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med fusjonen skattlegges etter uttaksreglene i §§ 9-14 og 14-27.

6.4.3 Aksjonærnivå

For norske aksjonærer vil det at to selskaper hjemmehørende i utlandet fusjonerer i utgangspunktet medføre realisasjonsbeskatning for aksjonærer som er skattepliktig til Norge¹²³. Tidligere hadde man gjennom dispensasjonsadgangen gitt fritak for dette. Fritakspraksisen var basert på at fusjonen i utlandet var gjennomført "etter de samme prinsipper som ligger til grunn for de norske reglene om skattefri fusjon og fisjon. Det innebærer blant annet at det må være skattemessig kontinuitet ved overføringen av eiendeler mv. fra det overdragende selskapet til det overtakende selskapet"¹²⁴. Som nevnt i pkt. 6.3.4 er det altså et vilkår for skattefritak på aksjonærnivå at fusjonen også gjennomføres med skattemessig kontinuitet på selskapsnivå.

6.4.4 Kontinuitetsvilkåret i det overdragende selskaps hjemstat

For kravet til kontinuitet i utlandet vises det til pkt. 6.3.4. Ordlyden i skatteloven § 11-11 femte og sjette ledd er lik. At transaksjonen må gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet innebærer derfor at det i alle fall må foreligge regler om skattemessig kontinuitet, og at disse må følges. I praksis vil dette som regel være uproblematisk dersom begge selskapene er hjemmehørende i EU-stater. Selskapene vil da være underlagt fusjonsskattedirektivet, og kravet til at må gjennomføres i "samsvar med prinsipper for kontinuitet" vil formodentlig være oppfylt.

På den annen side åpner som nevnt skatteloven § 11-11 femte ledd for at fusjon også kan skje mellom selskap utenfor EØS¹²⁵. Man kan kanskje derfor si at kravet til kontinuitet i utlandet kan skape enda større problemer for fusjoner etter skatteloven § 11-11 femte ledd. Som nevnt vil forskjellige språk og regelverk gjøre det vanskelig for norske skattemyndigheter å håndheve et slikt krav når norske selskap fusjonerer med selskaper innenfor EØS. Språkfloraen og antall forskjellige regelverk blir ikke mindre av at man beveger seg ut av Europa.

6.5 Filialkravet i strid med EØS-avtalen?

I forbindelse med utformingen av reglene ble det diskutert hvorvidt de norske reglene kunne tenkes å være i strid med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Det fremgår av forarbeidene at

¹²³ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 8.5.5.1

¹²⁴ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt.8.5.5.1

¹²⁵ Forutsatt at disse ikke er hjemmehørende i lavskatteland.

dette ble diskutert under høringsrunden¹²⁶. I prinsippet kan både vilkåret om videreføring av eiendeler mv. i filial som betingelse for skattefritak og reglene om uttaksbeskatning tenkes i strid med EØS-retten. Reglene om uttaksbeskatning kan imidlertid få betydning for om filialkravet er i strid med EØS. Det vil først redegjøres for om kravet til filial som sådan er i strid med de fire friheter.

For at regler skal anses i strid med EØS-avtalen må det foreligge en forskjellsbehandling av, eller restriksjon på, de grenseoverskridende transaksjonene sammenlignet med tilsvarende nasjonale transaksjoner. For at en intern skatteregel skal anses i strid med en av de fire friheter må det derfor på "en eller annen måte foreligge en ugunstigere behandling av en grenseoverskridende situasjon enn av en sammenlignbar rent intern situasjon"¹²⁷. Det følger av det over at de norske skatteposisjonene må videreføres i en filial av det overtakende selskap for at eiendeler mv. ikke skal bli gjenstand for skatteplikt. Et slikt krav til videreføring kreves ikke for de nasjonale fusjonene. Det kan således tenkes at de norske reglene utgjør en restriksjon eller forskjellsbehandling ved at det stilles strengere krav til de grenseoverskridende tilfellene, enn for de nasjonale tilfellene.

6.5.1 Foreligger det en restriksjon?

I forarbeidene synes begrunnelsen for at filialkravet ikke er i strid med EØS-avtalen å være todelt. For det første er det et tungtveiende argument at fusjonsskattedirektivet angir videreføring av eiendeler mv. innenfor den enkelte stats beskatningsområde som vilkår for skattefrihet. I høringsrunden i forbindelse med innføringen av skatteloven § 11-11 uttaler imidlertid PWC at "hvorvidt norske regler er i samsvar med EØS-avtalen må vurderes på grunnlag av EØS-avtalen, og ikke EUs harmoniserende sekundærlovgivning"¹²⁸ (som fusjonsskattedirektivet er). Det vises her til det at direktivet ikke kan tolkes antitetisk, og at bedømmelsen av om fusjonen kan gjennomføres skattefritt må avgjøres på bakgrunn av de fire friheter¹²⁹. De norske reglene kan således tenkes å være i strid med EØS-avtalen, selv om reglene i utgangspunktet skulle bygge på de reglene som følger av fusjonsskattedirektivet.

Det første spørsmålet blir således om kravet til filial utgjør en restriksjon på etableringsfriheten. Vi tenker oss i det følgende en grenseoverskridende fusjon med norsk overdragende selskap hvor eiendelene mv. ikke blir videreført i en filial. For det første vil en slik fusjon innebære at det norske selskapet og dets aksjonærer må betale skatt på latente gevinster før eiendelene mv. blir solgt, eller realisert på annen måte. Videre risikerer det norske selskapet å

¹²⁶ Prop 78 L (2010-2011), pkt. 8.5.1.2

¹²⁷ Zimmer, Internasjonal skatterett (2009) s. 98

¹²⁸ Prop. 78 L – 2010-2011 pkt. 8.4

¹²⁹ Se nærmere om dette i pkt. 3.2.1

betale en høyere skatt enn den faktiske gevinsten når eiendelen til slutt realiseres. Man kan for eksempel tenkes og måtte betale skatt på et driftsmiddel som etter fusjonen ville blitt forbrukt til det var verdiløst. Tilsvarende ulemper ville ikke oppstått dersom samtlige selskaper i fusjonen hadde vært skattemessig hjemmehørende i Norge. Det foreligger således en mer ugunstig behandling av de grenseoverskridende tilfellene, enn hva tilfellet er for de nasjonale tilfellene. Når et slikt krav ikke gjelder ved nasjonale fusjoner må det derfor legges til grunn at det foreligger en restriksjon eller forskjellsbehandling sammenlignet med de nasjonale fusjonene. De ovennevnte synspunkt ble fremmet i den nevnte høringsuttalelse av Den norske Advokatforening. Advokatforeningen var etter dette klar på at kravet til filial utgjør en restriksjon¹³⁰.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at "hovedbegrunnelsen" for at filialkravet er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er at den sikrer norsk skattefundament, og at "hensynet til rettmessig fordeling av skattefundament kan forsvare restriksjoner på blant annet etableringsfriheten"¹³¹. Etter forarbeidene synes det altså som om departementet erkjenner at det foreligger en restriksjon når de norske regler krever videreføring av eiendeler mv. i filial for at fusjonen ikke skal bli skattepliktig.

6.5.2 Kan tvingende allmenne hensyn rettferdiggjøre kravet til filial (restriksjonen)?

I EF-domstolen er det utviklet en praksis hvor restriksjon/forskjellsbehandling aksepteres hvis regelen er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. I høringsnotatet vises det til fusjonsskattedirektivet, hvor det er anledning for medlemsstatene å ta hensyn til sine interesser ved å beskytte nasjonalt skattefundament. Det uttales at "når fusjonsskattedirektivet gir anledning til å sette et slikt vilkår for gjennomføring av en grenseoverskridende fusjon, må Norge kunne legge seg på samme linje, uten at det kan anses å være i strid med forpliktelsene i EØS-avtalen"¹³². Advokatforeningen påpeker at dette er greit når medlemsstatene i EU fremforhandler et direktiv som pålegger dem "økt forpliktelsesnivå" i forhold til bestemmelsene om de fire friheter¹³³. Et slikt synspunkt gjør seg imidlertid ikke gjeldene for Norge. Norge har ikke har påtatt seg forpliktelsene i fusjonsskattedirektivet, og kan således ikke begrunne en restriksjon ut fra tap av nasjonalt skatteproveny. Tap av nasjonalt skatteproveny kan kun unntaksvis begrunne en restriksjon. Hensynet til å beskytte statens eget skattefundament har i flere saker blitt kategorisk avvist av domstolen¹³⁴.

¹³⁰ Høringsuttalelsen side 8.

¹³¹ Prop 78 L (2010-2011) – Pkt. 8.5.1.2

¹³² Høringsnotatet s. 74.

¹³³ Høringsuttalelsen side 9.

¹³⁴ Zimmer, Internasjonal skatterett (2009) s. 105.

I forarbeidende svares det ikke direkte på dette, men det uttales at restriksjonen kan forsvares ut fra hensynet til å sikre en rettmessig fordeling av skattefundament. Det vises i denne sammenheng til X-holding-saken. Spørsmålet i saken gjaldt nederlandske regler som tillot morselskap å samordne underskudd med datterselskap. Dette gjaldt imidlertid kun for nederlandske selskap. Tilsvarende mulighet hadde ikke datterselskap i utlandet med nederlandsk morselskap. EU-domstolen kom til at det forelå en restriksjon av etableringsfriheten, men at restriksjonen kunne forsvares på bakgrunn av Nederland sin rett til å sikre rettmessig fordeling av skattefundamentet. Grunnen var at hvis man tillot morselskapet å samordne underskudd med utenlandsk datterselskap kunne de i prinsippet velge hvilken stat underskuddet skulle utnyttes. Hadde man da valgt å utnytte underskuddet i Nederland hvert år ville ikke dette vært en rettmessig fordeling av skattefundamentet.

X-holding-saken brukes således til illustrasjon for at rettmessig fordeling av skattefundament er et hensyn som kan begrunne restriksjoner. Dette er for så vidt greit, men ikke uten videre overbevisende. Det følger av praksis at hensynet til rettmessig fordeling av skattefundamentet kan begrunne en restriksjon, men dette gjelder kun dersom det ikke finnes mindre inngripende tiltak (proporsjonalitetsprinsippet). Dersom det finnes mindre inngripende tiltak kan man ikke begrunne en generell og umiddelbar beskatning av alle grenseoverskridende fusjoner som ikke oppfyller kravet om fortsatt tilknytning til norsk filial med vern av statenes skatteproveny. I høringsnotatet påpekes særlig det argumentet at mange av de norske skatteavtalene inneholder gjensidige forpliktelser om informasjonsutveksling og bistand til innfordring av skattekrav¹³⁵. At man derfor foretar en umiddelbar beskatning uten å se hen til om det foreligger slike avtaler med det aktuelle land, ble derfor ansett å gå utover det som var nødvendig for å sikre rettmessig fordeling av skattefundament. Dette trekker i retning av at kravet til filial er i strid med våre EØS-rettslige forpliktelser.

På bakgrunn av dette valgte man derfor å innføre en henvisning til skatteloven § 9-14. Riktignok gjelder skatteloven § 9-14 generelt, og ville uansett kommet til anvendelse ved uttak av eiendeler mv. i forbindelse med en fusjon. Men for det første innebar henvisningen at man ikke foretok en generell skattlegging av fusjoner som ikke oppfylte filial-kravet. Man skattla nå kun de eiendelene mv. som ble tatt ut av norsk beskatningsområde. For det andre tar reglene om uttaksbeskatning i skatteloven § 9-14 hensyn til om det foreligger mulighet for innhentning av informasjon og bistand til innfordring. På daværende tidspunkt ga skatteloven § 9-14 eksempelvis bortfall av beskatning for enkelte skatteposisjoner dersom de ikke ble realisert

¹³⁵ Dette var bl.a. begrunnelsen i den ovennevnte sak C-48/11 (*A Oy*) Ettersom det forelå slik avtale mellom Sverige og Finland

innen fem år. Vilkåret var at det ble stilt betryggende sikkerhet for skatteforpliktelsen. I vurderingen av om det forelå betryggende sikkerhet ville man bl.a. legge vekt på informasjonsutvekslingsavtaler og innfordringsavtaler. Ved å henvise til § 9-14 for uttak i forbindelse med grenseoverskridende fusjoner sørget man altså for at det ikke ble en umiddelbar og generell beskatning av alle fusjoner som ikke oppfylte filialkravet, og videre at det ikke ble en umiddelbar og generell skattlegging av de eiendeler mv. som ble tatt ut av norsk beskatningsområde.

På bakgrunn av dette synes ikke kravet til filial å være i strid med EØS-avtalen. Riktignok foreligger det en restriksjon når et slikt krav ikke foreligger for de nasjonale fusjoner, men så lenge man kun skattlegger de eiendelene mv. som forsvinner ut fra norsk beskatningsområde må dette sies å være en rettmessig fordeling av skatteprovenyet. Ettersom uttaksreglene i § 9-14 også tar hensyn til informasjons- og innfordringsavtaler synes det derfor heller ikke å foreligge mindre inngripende tiltak.

6.5.3 Reglene om uttaksbeskatning etter skatteloven § 9-14

På den annen side kan det reises spørsmål om uttaksreglene i skatteloven § 9-14 er i henhold til EØS-avtalen. Reglene om utflyttingsskatt i Norge har vært gjenstand for betydelige endringer de seneste årene. Også her skyldes de mange endringene det økte omfanget av disposisjoner på tvers av landegrensene. Økt handel med utlandet gjorde videre at eiendeler mv i mye større grad enn før ble flyttet rundt mellom landegrensene.

Da man vedtok reglene om grenseoverskridende fusjoner i 2011, ga skatteloven § 9-14 uttrykk for at skatteplikten skulle falle bort dersom eiendelen faktisk ikke ble realisert. For fysiske driftsmidler, finansielle eiendeler og forpliktelser ville skatteplikten bortfalle dersom den ikke ble realisert innen fem år. For immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander fant man det imidlertid hensiktsmessig med irreversibel beskatning av latent gevinst. Det vil si at immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander ble skattlagt, uten adgang til utsettelse av betalingen¹³⁶. Begrunnelsen her var at omsetningsgjenstander ville bli realisert etter kort tid. For immaterielle rettigheter var begrunnelsen av disse aldri ville bli realisert¹³⁷.

I 2012 fjernet man imidlertid reglene om bortfall av skatteplikt ved utflytting dersom eiendelene ikke var realisert innen fem år etter utflytting. Bakgrunnen var utviklingen i EU og EØS-retten. I sak C-371/10 *National Grid Industries* gjaldt saken et nederlandsk selskap som hadde flyttet til Storbritannia, og som etter flyttingen ble ansett å være skattemessig hjemmehørende

¹³⁶ Ot.prp. nr.1 (2008-2009), pkt. 8.1

¹³⁷ Zimmer, Internasjonal skatterett (2009) s. 329

i Storbritannia. National Grid hadde på et tidligere tidspunkt gitt et lån i britiske pund til et annet britisk selskap. På tidspunktet for utflyttingen av selskapet krevde derfor nederlandske skattemyndigheter skatt på valutagevinsten i forbindelse med lånet. I utgangspunktet ville ikke denne valutagevinsten blitt skattlagt før faktisk realisasjon (det vil si når fordringen faktisk ville blitt realisert). EU-domstolen kom til at det forelå en restriksjon, men at denne kunne begrunnes ut fra allmenne hensyn. Det ble lagt vekt på territorialprinsippet. Utflyttingsskatt skal ivareta en rettmessig fordeling skattlegging mellom statene, slik at medlemsstatene må ha rett til å skattlegge gevinst som har oppstått i den perioden objektet har vært tilknyttet den enkelte stat¹³⁸.

På bakgrunn av dette ble reglene om uttaksbeskatning endret slik at skattyter kunne kreve at skattebetalingen ble utsatt til tidspunktet for faktisk realisasjon. Dersom det skulle foreligge "reell fare" for at kravet ikke kunne inndrives, ble det stilt som vilkår at skattyter må stille sikkerhet for kravet. Samtidig ville man beregne renter på skattebeløpet frem til betaling, og man tok ikke hensyn til verdiendring. Dette gjaldt imidlertid kun for fysiske driftsmidler, finansielle eiendeler og driftsmidler. For immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander ble det fortsatt umiddelbar beskatning. Begrunnelsen var den samme som tidligere jfr. over.

Det ble stilt spørsmål om hvorvidt de norske reglene for uttaksbeskatning var i strid med EØS-retten. Gjems-Onstad påpekte at "det må anses vanskelig i forhold til EØS-avtalen å skattlegge immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander uten at de er realisert"¹³⁹. Den umiddelbare skatteplikten ved uttak av omsetningsgjenstander og immaterielle eiendeler ble også ansett problematisk i forhold til grenseoverskridende fusjoner. Gjems-Onstad nevner det tilfellet hvor et norsk overdragende selskap fusjonerer med et utenlandsk overtagende selskap. I et slikt tilfelle er det vanskelig å se hvordan det overtagende selskap kan benytte seg av foretaksnavnet til det norske overdragende selskap uten å unngå skattlegging etter skatteloven § 9-14¹⁴⁰.

Fra og med inntektsåret 2014 ble reglene for uttaksbeskatning igjen endret. Bakgrunnen denne gang var at ESA i en uttalelse av 24. april 2014 ga uttrykk for at den umiddelbare skattebetalingsplikten på immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander var i strid med etableringsfriheten etter EØS-avtalen. I tillegg hadde man sett at andre land hadde innført andre regler for uttaksbeskatning. I Danmark, Nederland og Storbritannia hadde man innført et system hvor skattyter kunne velge å betale årlige avdrag, eller en brøkdel av det opprinnelige skatte-

¹³⁸ Sak C-371/10 – Premiss 43

¹³⁹ Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett s. 831.

¹⁴⁰ Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett s. 831

beløpet¹⁴¹. En slik løsning ble ansett å være i overenstemmelse med etableringsfriheten. I en dom fra 2013¹⁴² uttalte EU-domstolen at ikke er i strid med etableringsfriheten om man fastsetter andre kriterier enn faktisk realisasjon som vilkår for skatteplikt ved uttak. Kriteriene må imidlertid være mindre inngripende enn kravet til full innbetaling av skattebeløpet jfr. proporsjonalitetsprinsippet.

Etter skatteloven § 9-14 niende ledd kan skattyter nå kreve utsettelse med innbetaling av skatt, men at skatten likevel skal innbetales med en syvendedel av opprinnelig skattebeløp jfr. henholdsvis første og annet punkt. De nye reglene for uttaksbeskatning tillater altså nedbetaling av uttaksskatten over syv år, og denne uttaksskatten skal gjelde alle typer objekter (også immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander). Hvis objektet faktisk realiseres innenfor denne perioden må all resterende skatt betales inn jfr. tiende ledd.

De nye reglene om uttaksbeskatning må således antas å være i henhold til EØS-avtalen. Riktignok må de nye reglene sies å innebære en innstramming og en sterkere beskyttelse av det norske fundamentet. På den annen side følger det av det ovennevnte at innbetaling før faktisk realisasjon ikke er i strid med etableringsfriheten. Dette får betydning for om filialkravet er i strid med EØS. Så lenge det overtakende selskap ikke viderefører sine eiendeler mv. i filial i Norge, er det klart at eiendelene mv. som tas ut av norsk beskatningsområde kan skattlegges. Poenget er imidlertid at det ikke kan foretas en generell beskatning av disse eiendelene kun på bakgrunn av at de ikke videreføres i filial. Så lenge eiendelene mv. som tas ut skattlegges etter skatteloven § 9-14, og § 9-14 ikke kan sies å være i strid med EØS, må også filialkravet anses å være i henhold til EØS-avtalen. Slik jeg ser det må konklusjonen være at kravet til videreføring i filial ikke er i strid med EØS.

6.6 Kontinuitet – Betingelse eller rettsvirkning?

I forarbeidene synes det å være en absolutt forutsetning for skattefri fusjon at den gjennomføres med skattemessig kontinuitet. I så fall må kravet til kontinuitet tolkes som en betingelse for skattefri fusjon. Spørsmålet er imidlertid hvor langt dette eventuelt skal gå. Gjems-Onstad illustrerer dette med et eksempel hvor en fusjon involverer eiendeler for hundrevis av millioner, men for en mindre eiendel skjer det en feil; eiendelen oppjusteres til regnskapsmessig verdi, ikke skattemessig verdi slik skatteloven § 11-7 forutsetter¹⁴³.

¹⁴¹ Se Prop.1 LS (2014-2015) – Pkt. 10.4

¹⁴² Sak C-261/11 *Kommisjonen mot Danmark* jfr. Prop.1 LS (2014-2015) pkt. 10.4

¹⁴³ Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett – s. 823.

Tolker man kravet til kontinuitet som en betingelse innebærer dette at hele fusjonen skattlegges som realisasjon. I et slikt tilfelle må det sies å være mer hensiktsmessig om man går inn og retter feilen. I så fall er reglene om kontinuitet bestemmende for fusjonens rettsvirkninger. I det ovennevnte tilfelle ville nok resultatet blitt at man gikk inn og rettet feilen¹⁴⁴. På den annen side er ikke resultatet like klart dersom feilen hadde hatt større betydning. Hvor grensen eventuelt må gå er vanskelig å si. Problemstillingen er ikke behandlet i praksis, og fremstår etter dette som uavklart.

Slik jeg ser det kan ikke reglene om kontinuitet forstås som et absolutt vilkår for skattefri fusjon. Enhver feil kan ikke medføre at fusjonen som sådan blir gjenstand for beskatning. Samtidig må grensen gå et sted. Etter min mening kan det være hensiktsmessig å legge til grunn en "vesentlighetsvurdering" lik den som gjaldt for lovlighetsvilkåret. Da vil man for det første få en konkret vurdering i den enkelte sak, samtidig som man ser hen til hvor stor betydning feilen eventuelt måtte ha. Hvor grensen skal gå er som sagt vanskelig å si. Her må man nok vente til praksis utformes før man kan si noe mer konkret.

7 Avsluttende bemerkninger

De nye reglene om grenseoverskridende fusjoner må sies å være et steg i riktig retning. Norge har tilpasset seg behovet for omorganiseringer på tvers av landegrensene, og samtidig nærmet seg EU-landene og deres regulering i fusjonsskattedirektivet. Å åpne for fusjoner på tvers av landegrensene er av stor betydning for norske selskap, og et riktig steg for å tilpasse den økende internasjonaliseringen. På den annen side viser gjennomgangen at skatteloven §11-11 byr på en rekke utfordringer og tolkningsproblemer som kan gjøre det vanskelig for norske selskap å fusjonere skattefritt over landegrensene.

En særlig utfordring synes å ligge i at vilkårene for nasjonale fusjoner skal gjelde "tilsvarende" for de grenseoverskridende fusjonene. Illustrerende er kravet til skattemessig kontinuitet. Skatteloven § 11-7 er ikke utformet med tanke på å gjelde de grenseoverskridende tilfellene. At dette byr på problemer innrømmes på mange måter når Finansdepartementet finner det nødvendig å komme en uttalelse om hva som ligger i kravet til skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner. I ettertid kan det kanskje sies at henvisningen til de reglene som gjelder for nasjonale fusjoner var en litt lettvinnet løsning. Etter min mening burde det vært innført egne kontinuitetsregler for de grenseoverskridende fusjonene.

¹⁴⁴ Slik også Gjems-Onstad. Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett – s. 823.

Videre er det problematisk for Norge at de fleste land ikke har regler om skattefri fusjoner med norske selskap. I forsøket på å tilpasse seg dette har man satt vilkår som skal hindre at det norske skattegrunnlaget uthules. I praksis gjør imidlertid noen av vilkårene det tilnærmet umulig å fusjonere skattefritt over landegrensene. Til eksempel her nevnes kravet til kontinuitet i utlandet. Som nevnt er undertegnende av den oppfatning at dette kravet bør fjernes.

Selv om de nye reglene altså må sies å være et steg i riktig retning, gjenstår det samtidig en del utfordringer som må løses før man kan si at norske selskap kan foreta hensiktsmessige, grenseoverskridende fusjoner uten at skattereglene setter en stopper dette.

Litteraturliste

Litteratur

| | |
|-----------------------|---|
| Folkvord | Folkvord, Benn. Skatt ved fusjon og fisjon, 1. utg. 2006. |
| Giertsen | Giertsen, Johan. Fusjon og fisjon, 1999 |
| Gjems-Onstad | Gjems-Onstad, Ole. Norsk bedriftsskatterett, 8. utg. 2012. |
| Gjems-Onstad | Gjems-Onstad, Ole. Valg av selskapsform, 2. utg. 2013. |
| Gjems-Onstad/Folkvord | Ole Gjems-Onstad og Benn Folkvord. Aktuell bedriftsbeskatning, 1 utg. 2013. |
| Gjems-Onstad/Furuseth | Ole Gjems-Onstad og Eivind Furuseth. Praktisk internasjonal skatterett og internprising, 2013. |
| Naas mfl. | Henning Naas, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christian Svensen; Norsk internasjonal skatterett, 2011. |
| Zimmer | Zimmer, Frederik. Internasjonal skatterett, 4. utg, 2009. |
| Zimmer/BAHR | Frederik Zimmer i samarbeid med BAHR. Bedrift, selskap og skatt, 6. utg. 2014. |

Artikler

Gjems-Onstad

Gjems-Onstad, Ole. Nye regler om skattefri omorganisering. Skatterett 03/2011. Hentet fra Idunn.no

URL:

http://www.idunn.no/skatt/2011/03/art04?mode=abstract_no&skipDecorating=true

Sørensen/Slåfjell

Linn Anker Sørensen og Beate Slåfjell. Vår europeiske selskapsrett, 1.utg, 2014.

Thorvaldsen/Bjørken

Susann Thorvaldsen i samarbeid med Stig Ingve Bjørken. Grenseoverskridende fusjon, del I og II. Publisert i Revisjon og Regnskap i henholdsvis 03/2014 og 04/2014. Gjengitt på www.bhl.no

URL:

<http://www.bhl.no/text.cfm?path=15&id=157-1>

Wangen

Wangen, Ståle. Nye regler om skattefritt aksjebytte. Finansavisen 3 mars. 2012.

URL:

<http://www.pwc.no/no/imedia/stale-wangen/skattefritt-aksjebytte.pdf>

Lovregister

Aksjeloven

Lov av 13. juni 1997 nr. 44

Allmennaksjeloven

Lov av 13. juni 1997 nr. 45

Skatteloven

Lov av 26 mars 1999 nr. 14

Forarbeider

| | |
|---------------------------|---|
| Ot.prp nr. 78 (2006-2007) | Om lov om endringer i aksjeloven, allmenn-aksjeloven og enkelte andre lover (fusjon og fisjon over landegrensene) |
| Ot.prp. nr.1 (2008-2009) | Skatte- og avgiftsopplegget 2009 – Lovendringer |
| Prop 78 L (2010-2011) | Endringer i skatteloven (skattefri omorganisering) |
| Prop 1 LS (2014-2015) | Skatter, avgifter og toll 2015 |

Rettspraksis

Norske domstoler:

Rt.2012.1380

EU-domstolen:

C-48/11 *A Oy*
C-403/11 *Sevic*
C-371/10 *National Grid Indus.*
C-261/11 (Kommissjonen mot Danmark)
C-123/11 *A Oy*

EFTA-domstolen:

E-1/04 *Fokus Bank*

Direktiver

Det tiende selskapsdirektiv

Direktiv 2005/56/EF

Fusjonsskattedirektivet

Direktiv 2009/133/EF

Uttalelser

Utv.1998.838

Fusjon av utenlands registrert aksjeselskap som er hjemmehørende her i riket etter skatteleven § 15 første ledd bokstav b.

Utv.2003.796

Vilkår om at fusjon og fisjon må være gjennomført på lovlig måte etter selskapsrettslige regler.

Utv.2011.1216

Grenseoverskridende fusjon mv. etter skatteleven § 11-11 – skattemessig kontinuitet.

BFU 8/12

Omorganisering over landegrensen – svensk filial av norsk AS til svensk aktiebolag.

BFU 11/12

Fusjon engelsk Ltd NUF og norsk AS

Øvrige kilder

Finansdepartementet

Høringsnotat – om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet – Finansdepartementet 18. januar.

Den Norske Advokatforening

Høringsuttalelse fra Den Norske Advokatforening – utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning

av virksomhet mv.

ESA

Letter of Formal Notice av 10. mars 2010 og
grunngitt uttalelse ("reasoned opinion") av
2.mars 2011

OECD

Articles of the model convention with respect
to taxes on income and on capital (Mønster-
vtalen)